

17

ALEGACION JURIDICA;

EN DEFENSA DE

DOÑA THERESA MARIA MARAVER,

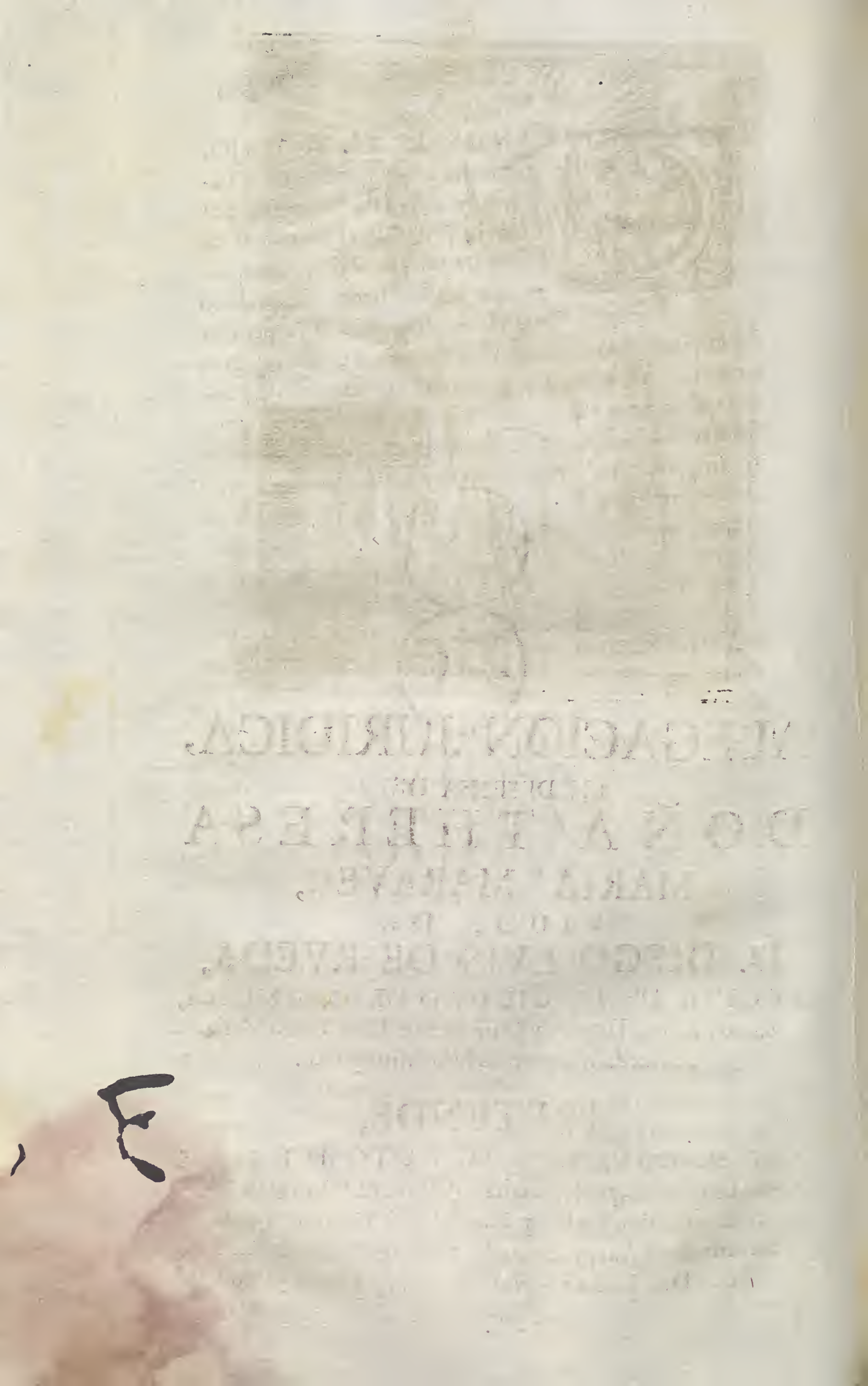
VIUDA DE

D. DIEGO LUIS DE RUEDA,

VECINA DE LA CIUDAD DE CARMONA, como Madre, Tutora, y Curadora de Don Pedro Maria de Rueda Maraver, su hijo Primogenito.

PRETENDE,

QUE SE CONFIRME EL AUTO DEL JUEZ Ordinario, por el que declarò haverſele transferido à el D. Pedro Maria la poſſeſsion Civil, y Natural del Vinculo, que fundó Leonis de Santa Ana, y le mandó dár la Real, actual, reſervando à Don Juan de Nava ſu derecho, para el juicio de propriedad.



1. GRANDE ES EL TRABAJO, y estrecha la obligacion de los Tutores; y asi, esta la reputó por materia peligrosa el Cardenal de Luca: *De Tutorib. disc. 3. num fin.* porque no solo tienen à su cuidado todo lo que respecta à la persona del Pupilo, sino tambien à sus bienes, y caudales, evitando su diminucion, y procurando su aumento; y como quiera, que esto muchas veces no se puede consguir, sin el recurso à uno, ò muchos litigios, deben los Tutores emprenderlos, quando hallen fundamento, ò evidente, ó probable para executarlo, y de otro modo no cumpliràn con su oficio. *Text. in leg. 9. tit. 16. p. 6.* Baeza *de decim. Tutor. cap. 2. á num. 66.* Gutierr. *de Tutel. p. 1. cap. 1. á num. 35.*

2. Hallandose constituida en este cargo Doña Theresa Maria Maraver, por haver quedado por muerte de su marido Don Diego Luis de Rueda, por Tutora, y Curadora de sus menores hijos, le ha sido precilo defender el derecho de su Primogenito Don Pedro Maria de Rueda Maraver, prosiguiendo el litigio, que dexó comenzado su Padre, sobre la succession, y possession del Vinculo, que contempla haver estado desfrutando injustamente Don Juan Antonio de Nava Castellano, vecino de la Ciudad de Carmona. Y para que se comprehenda la justicia del Menor, el caso es asi.

3. Leonis de Santa Ana, vecino, que fué, de dicha Ciudad, hizo su Testamento en 20. de Julio del año de 1651. y entre sus clausulas se halla esta: ,, Declaro, que
,, soi mozo soltero, y por casar, y nunca lo he sido, y
,, tengo por mi hija natural à Doña Juana de Vega, que
,, la tuve siendo soltero en una muger soltera, y tal per-
,, sona, con quien me pude casar, por ser la susodicha
,, soltera, la qual dicha Doña Juana de Vega se crió en
,, casa, y compañia de Doña Isabél de Vega, mi Prima,
,, á la qual tratè de casar con Batholomè Hornillo Ta-
,, mariz, y à el tiempo, y quando se assentò el dicho



 ,, casa-

,, casamiento, yo le prometì de dàr dos mil ducados;
,, los mil de ellos, luego otro dia despues que estuviere
,, desposado con la susodicha, de que le havia de otor-
,, gar Carta de Dote en su favor; y los otros mil duca-
,, dos se los havia de dàr para en fin de mis dias, en di-
,, nero, ó bienes que lo valiessen; con calidad, y con-
,, dicion, que la dicha Doña Juana de Vega, mi hija,
,, havia de renunciar todo el derecho, y accion, que
,, por ser tal mi hija natural podia tener al quinto de
,, mis bienes para sus alimentos, y en otra manera, co-
,, mo de Escritura consta, que passò ante Alonso Nu-
,, ñez, Escribano Publico de esta Ciudad, en primero
,, de Febrero del año de 1632. y mediante haver veni-
,, do en efecto el dicho Matrimonio, yo dì, y entre-
,, gué á dicha Doña Juana de Vega, y al dicho Bartho-
,, lomè Hornillo Tamariz, su Marido, los mil ducados,
,, que prometì de le dár luego de los dos mil de la di-
,, cha manda; y más le entreguè por quenta de los otros
,, mil ducados, que le havia de dár para en fin de mis
,, dias, cien ducados de ellos, de que el dicho Bartho-
,, lomé Hornillo Tamariz le otorgó Carta de Dote, y
,, y de otros bienes, que le dió la dicha Doña Isabél de
,, Vega, mi Prima, por Escritura ante el dicho Alonso
,, Nuñez, Escribano, en 16. de Noviembre del año de
,, 1648. y la dicha Doña Juana de Vega, mi hija natu-
,, ral, no ha otorgado la dicha Escritura de renunciacion
,, de bienes, como tenia obligacion.

4. Passò luego à hacer fundacion de Vinculo, ò Mayorazgo regular, y para él hizo los llamamientos en esta forma: ,, Item, llamo por primero posseedor de este di-
,, cho Vinculo, y bienes à èl perteneciente, à Leonis de
,, Santa Ana, hijo de Batholomè Hornillo Tamariz, y
,, de Doña Juana de Vega, su Muger, y mi hija natu-
,, ral, y á sus hijos, y descendientes legitimos de legi-
,, timo Matrimonio, prefiriendo el váron à la hembra,
,, y el mayor al menor. Y en falta de succesion, y des-
,, cendencia legitima, como dicho es, del dicho Leonis
,, de Santa Ana, succeda en este dicho Vinculo, y bienes
,, de èl Alonso Hornillo Tamariz, hijo de los dichos

,, Bar-

„ Bartholomé Hornillo Tamariz, y Doña Juana de Ve-
„ ga, su Muger, y sus hijos, y descendientes legitimos
„ de legitimo Matrimonio, prefiriendo el mayor al me-
„ nor, y el varon à la hembra. Y en falta del dicho Alonso
„ Hornillo Tamariz, y de succession, y descendencia
„ legitima del susodicho, succeda en este dicho Vincu-
„ lo, y bienes de èl Cathalina de Vega, hija legitima
„ de los dichos Bartholomè Hornillo Tamariz, y Do-
„ ña Juana de Vega, su muger, y sus hijos, y descen-
„ dientes legitimos de legitimo Matrimonio, como di-
„ cho es.

5. „ Y à falta de la susodicha, de sus hijos, y des-
„ cendientes legitimos, succeda en este dicho Vinculo, y
„ bienes de él Suero Mendez de Sotomayor, mi sobri-
„ no, hijo de Diego de la Cueva, mi primo, defunto,
„ y sus hijos, y descendientes legitimos de legitimo Ma-
„ trimonio. Y à falta del dicho Suero Mendez de Soto-
„ mayor, y sus hijos, y descendientes legitimos, suc-
„ ceda en este dicho Vinculo, y bienes de él Don Fer-
„ nando de Rueda, mi sobrino, hijo de Don Juan de
„ Rueda, y de Doña Beatriz de Sotomayor, su muger,
„ mi prima, y sus hijos, y descendientes legitimos de le-
„ gitimo Matrimonio.

6. Despues, en falta de estos, llamó á Don Gerony-
mo Barba de Mendoza, su primo tercero, y sus hijos, y descendientes de legitimo Matrimonio. Y en falta de todos, el ultimo posseedor pudiera elegir, y nombrar á la persona que le pareciera; y muriendo sin hacer el nombramiento, succediera en el Vinculo el Cabildo de aquella Ciudad, para que sus reditos los distribuyesse en los alimentos de los pobres Pressos de aquella Carcel Real. Y finalmente, por otra clausula instituyó por su heredero al dicho Vinculo. Esta es la voluntad del Fundador, y aora para claridad del hecho, que ocasiona la disputa, se hacen los supuestos siguientes.

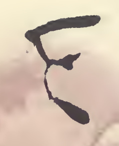
SUPUES-

SUPUESTO I.

7. QUE muerto el Fundador Leonis de Santa Ana, su yerno Bartholomé Hornillo Tamariz, en 17. de Agosto del año de 1655. otorgò instrumento, en que haciendo relacion de los 2ꝟ. ducados, que su suegro le havia ofrecido en Dote, para el casamiento con la Doña Juana de Vega, su hija, y confessando, que en vida le entregò 1200. ducados, dió carta de pago á favor de los Albaceas del dicho su suegro, de los 800. ducados restantes, para el cumplimiento de la Dote ofrecida, confessando quedar satisfecho de toda ella, como tal Marido, que era de la Doña Juana de Vega, à cuyo favor otorgò Carta de Dote, y por el derecho, que le pudiesse tocar por cabeza de la susodicha, á los bienes, y herencia de su Padre, declarò, que no le tocaba, ni pertenecia cosa alguna de los dichos bienes, porque renunciaba todo el derecho, que tuviesse, ó pudiesse tener à la herencia, y se obligò à no pedir sobre ella cosa alguna en ningun tiempo.

II.

8. Que no se pone duda, sino se và de conformidad, en que el menor Don Pedro de Rueda Maraver es tercero nieto legitimo de aquel Don Fernando de Rueda, sobrino del Fundador, à el qual, y à su linea llamó en quinto lugar, como assi lo verifica con testigos, y con instrumentos. Sin que tampoco se dude, que en esta descendencia todos han sido legitimos, y de legitimo Matrimonio, y que el dicho Don Pedro es el Primogenito de los hijos, que quedaron por muerte de Don Diego Luis de Rueda.



III.

9. Que tampoco se duda, que el ultimo posseedor Don Juan Alvarez de Nava, por cuya muerte se causò la vacante en el año de 1741. fue verdadero posseedor, respecto de que el susodicho, y su hermano menor Don

Bar-

Bartholomè de Nava fueron hijos de aquella Doña Cathalina llamada en tercer lugar, hija, que fuè, de Bartholomè Hornillo Tamariz, y Doña Juana de Vega, hija natural del Fundador, por cuya regla el ultimo posseedor fue viznieto del Fundador, y este, y su Madre Doña Cathalina, hijos de legitimo Matrimonio.

IV.

10. Que no haviendo quien se aiga mostrado parte por aquel Suero Mendez de Sotomayor, el qual, y su descendencia legitima tuvieron el quarto llamamiento; y haviendo vacado el Mayorazgo por muerte del D. Juan Alvarez de Nava, lo saliò pretendiendo, y pidiendo la possesion real, actual, diciendo haversele transferido la civil, y natural Don Diego Luis de Rueda, Padre del menor Don Pedro, por ser de la descendencia legitima de Don Fernando de Rueda, llamado en quinto lugar, y haviendolo justificado, se le mandò dâr, y con efecto dió la dicha possesion. Esta tambien la pidiò (y se le mandò dàr) Don Juan de Nava Castellano, diciendo ser tercero nieto del Fundador, como sobrino, que dixo ser del otro Don Juan de Nava, ultimo posseedor, y assegurando haver sido hijo natural de su hermano Don Bartholomè de Nava, y què por esto se hallaba en la classe de descendiente de aquella Doña Cathalina, tercera llamada, y nieta del Fundador.

V.

11. Que suscitada la controversia entre los dos Opositores en el año de 1743. y recebidose el Pleito à prueba en el de 1744. incidió cierto articulo, sobre si havia de correr la que intentaba hacer Don Diego Luis de Rueda, en orden à cierto particular, que se contempló denigrativo, y sobre que se le mandó dàr fianza de calumnia; y no teniendose por bastante la que diò, se le mandó dàr otra, de lo qual interpuso apelacion, aunque no la prosiguiò: y en este estado se dexaron las cosas suspensas

en el año de 1745. hasta que haviendo fallecido el dicho Don Diego en el de 1759. (haviendo estado en todo este tiempo detentando, y desfrutando el Mayorazgo el Don Juan de Nava Castellano, en fuerza de la possession, que se le mandò dàr) quedando Doña Theresa Maraver por Tutora de sus hijos, y con la noticia, que tuvo del pleito comenzado, y no proseguido por su Marido, lo saliò continuando en el año de 1761. por su hijo Primogenito, expressando no poderle perjudicar la omission, ó silencio de su padre; para lo qual se desistió de aquella apelacion, y de hacer prueba sobre aquella especie, que havia motivado la fianza de calumnia.

VI.

12. Que aunque à el principio pretendió solamente para sì el Vinculo el dicho Don Juan de Nava, luego despues de la prueba deduxo la pretension, de que quando à esto lugar no huviera, se le declarára la translacion de la possession á su hijo Don Bartholomè de Nava y Navarro, mediante ser este de legitimo Matrimonio, de cuya legitimidad no se duda.

VII.

13. Que conclusos los Autos, se proveyò el de 9. de Marzo de 1762. por el Corregidor de Carmona, con parecer de su Alcalde Mayor, por el qual declaró haversele transferido por ministerio de la Ley à Don Pedro Maria de Rueda Maraver la possession civil, y natural del Vinculo, mandandole dàr la real, actual à su Madre, y Tutora, y reservando su derecho à el Don Juan de Nava para el juicio de propriedad. Este Auto es del que apela el dicho Don Juan; pero Doña Theresa Maraver por su hijo ha pedido la confirmacion, solo con el aditamento de que sea con restitucion de frutos desde la vacante.



14. Sentados estos Supuestos, parece que de ellos mismos podrà deducir alguno, que Don Juan de Nava litiga

tiga con ſobrada razon, porque viene como deſcendiente del Fundador, y Don Pedro de Rueda como tranſverſal. Don Juan de Nava ſe funda en ſer de la linea de la tercera llamada; pero D. Pedro de Rueda quiere entrar à la ſuccesſion por el quinto llamamiento. Quien con eſta apariencia no dirà, que el Don Juan *optimam cauſam fovet*? Pero es coſa mui comun, que diſte mucho la apariencia de la verdad. Aquella ſubſiſte mientras no ſe le quita el velo à ſu falacia. Eſta, aunque por algun tiempo ſe obſcurezca, al fin, llega à triumphar de las nubes, que la ocultan: con que poco importa, que Don Juan ſe funde en apariencias, ſi á Don Pedro aſsiſte la juſticia, y la verdad, como reſultarà de las pruebas, y fundamentos de las concluſiones ſiguientes.

CONCLUSION I.

NO HA PROBADO, COMO DEBIERA, DON JUAN de Nava ſer hijo natural de Don Bartholomé de Nava, y por conſiguiente ſer de la deſcendencia del Fundador.

15. LA prueba de la filiacion en quanto al Padre, la reputaron algunos por materia impoſsible: *Inter quos* Henao *otia* Salmant. *lib.* 3. *atio* 9. *num.* 7. Cevallos *de cognit. per viam violent. p.* 2. *q.* 4. *num.* 7. fundados en la eſpecie de la Ley: Lucius, *ff. de condit. & demonſtrat.* Pero Noguerol *allegat.* 25. *á num.* 20. con quien en ſubſtancia conviene el Card. de Luca *de fideicom. diſc.* 193. *á num.* 7. dice, que puede ſer la prueba de tres modos; eſto es, neceſſaria, probable, y preſumptiva. Es neceſſaria de parte de la Madre, porque eſta ſiempre es cierta. Es probable, por lo que mira al Padre, quando es el hijo de la propria Muger con quien tenia contraido Matrimonio. Y es preſumptiva, quando ſe trata de filiacion ilegitima.

16. Hallandonos en eſte ultimo caſo, porque Don Juan de Nava ſupone ſer hijo natural, y no legitimo, de Don Bartholomè de Nava; lo cierto es, que fundandoſe

en

en esta qualidad para pretender el Vinculo, ha sido de su cargo probarla. *Text. in leg. 21. ff. de probat. cap. ult. de solution.* D. Castillo, *controv. lib. 5. cap. 124. num. 12.* D. Covarrub. *2. var. cap. 6. num. 2.* Y entendido de esto el Don Juan ha procurado probar su filiacion, assi con instrumentos, como con testigos; pero tan mal la ha probado con los unos, como con los otros.

17. Dexando à parte (porque ya no sirven) los muchos, y prolixos requisitos, que eran necessario por derecho civil, para probar la filiacion natural *de quibus*, D. Castillo, *dicit cap. 124. num. 8. & cap. 125 num. 2.* Tenemos por derecho del Reyno (que se conformò con el derecho Canonico *in cap. in notuit, de election, & in cap. tanta, qui filii sint legitim.*) la decision de la ley 11. de Toro, que es la 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* en que dando regla, para que no haiga duda en quales se deban tener por hijos naturales, dice que sean de esta classe: *Quando à el tiempo que nacieren, ò fueren concebidos, sus Padres podian casar con sus Madres justamente sin dispensacion: con tanto que el Padre lo reconozca por su hijo, puesto que no aya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, ni sea sola: ca concurriendo en el hijo las calidades de susodichas, mandamos, que sea hijo natural.*

18. Segun esta ley debe el hijo, que quiere ser natural, probar el primer requisito de que à el tiempo de su concepcion, ó nacimiento, podian sus Padres casar sin dispensacion. Y debe verificar el segundo, de que su Padre lo reconociò por su hijo. Y sobre ambas cosas se suscitan varias, y curiosas questiones, que traen entre otros D. Castillo, *dict. 125.* y Hontalva *de spuriet. putativ. part. 2. per plures §§.* de las quales solo se iràn tocando las que sean conducentes; no admitiendo duda, que este reconocimiento del Padre puede ser expresso, y tacito. D. Castillo *ubi sup. num. 20.* Esto es, por palabras, ó por hechos, como lo dixo Aguila ad Roxas *part. 2. cap. 4. num. 31.*



19. Tratèmos primero del expresso, para vér si lo tiene Don Juan de Nava. De esta classe serà, segun el citado Author, quando el Padre dixere, y confessare,

ex-

expressamente, ò inter vivos, ò en ultima voluntad, que aquel es su hijo natural. Ibi: *Si eum recognoverit exprese, dicens esse filium suum naturalem.* Y debe ser esta confession tan clara, y genuina, que està prevenido el modo de hacerla por la Ley 7. *tit.* 22. *lib.* 4. *fori*, que trae à la letra Aguila, ubi sup. Ibi: *recibalo ante el Rey, ó ante omes buenos, y diga en tal manera: Este es mi hijo, que huve de tal muger, é desde aqui adelante quiero que sepades, que es mi hijo, y que lo recibo por hijo.* Y aunque es verdad, que ya no està en practica tan publico, y solemne reconocimiento, à lo menos, sino es absolutamente preciso, ni exclusivo de otros modos de prueba, como generalmente sienten los Authores cum D. Castillo ubi sup. es mui oportuno, que el hijo tenga à su favor la confession, y reconocimiento expresso del Padre.

20. Y lo tiene acaso Don Juan de Nava? Veamos el Testamento, que otorgó Don Bartholomé de Nava, que dice ser su Padre, en 6. de Enero del año de 1738. en el qual pone esta clausula: ,, Instituyo por mi unico, ,, y universal heredero à Juan Antonio Joseph Feliciano, que conoce, y sabe quien es Don Manuel Pimentel y Calvo, Presbytero. Esta es la unica expression, que hizo el Don Bartholomé acerca de aquel Juan Antonio, que parece ser el opositor à este Vinculo. Y esto es confessarlo el Padre por su hijo, ni legitimo, ni natural, ni espurio? No havrà quien tal diga: con que nos quedamos en que el Padre no lo reconociò expressamente por hijo, sino que todo lo dexò en lo que sabìa aquel Eclesiastico.

21. No dexaba de ofrecer motivo à la disputa, si de este modo de hablar se pudiera colegir, que dexò la substancia de su disposicion en una parte tan principal, à la voluntad de otro? Lo qual està prohibido, *ex leg. illa institutio ff. de heredib. instituend. L.* 11. *tit* 3. *p.* 6. Aguila *ad Roxas, p.* 1. *cap.* 6. *num.* 400. Pareciendo à la verdad, que la declaracion de un hijo, y calidad de él, era menester que saliera de la misma boca del Testador, y no por el organo de ningun Comissario; pues no siendo assumpto menos grave, que la institucion de herede-

ro, mejora de tercio, ó quinto, exheredacion, ſubſtitucion vulgar, ò pupilar, y dacion de tutor; todas eſtas coſas es indiſpenſable, que las expreſſe el Teſtador, ſin poder cometerlas à otro, *ex leg.* 31. Tauri, *ubi omnes Tauriſtæ.* Pero preſcindiendo de eſto, es conſtante, que todas aquellas prevenciones de la Ley fueron por evitar el fraude, que pudiera haver, y por no incidir en el inconveniente de una captatoria voluntad. Gomez *in dict. leg. num.* 1. Aceved. *in leg.* 5. *tit.* 4. *lib.* 5. *num.* 15.

22. Por fin murió Don Bartholomè, dexando en ſilencio, y recatandoſe de manifeſtar, quien era aquel Juan Antonio, á quien dexaba por heredero. Y ſin dàrle formal comiſsion á Don Manuel Pimetel para que lo declarára, ſino contentandoſe con decir, que lo ſabìa; pero lo que vemos es, que luego el Don Manuel, con el motivo de un exorto deſpachado à el Vicario por el Alcalde Mayor, Juez de los Autos del cumplimiento del Teſtamento de Don Bartholomé, hizo ſu declaracion, eſtando enfermo, en 9. de Abril de dicho año de 1738. y ſiendo eſta declaracion el fundamento potiſsimo de la defenſa de Don Juan de Nava, y en que ha librado las confianzas de la prueba de ſu filiacion natural, es preciſo detenerſe en examinarla.

§. I.

23. ENtra Don Manuel Pimentel á hacer la declaracion, y primero aſsigna los motivos porque la hace, que ſon, *porque el dicho D. Bartholomé de Nava goce el eterno deſcanſo, y el dicho Juan Antonio Feliciano la hacienda, derechos, y acciones, que el ſuſodicho le dexó.* En el primero de eſtos motivos procediò con equivocada inteligencia, creyendo, que por no hacer ſu declaracion, podrìa retardarſe el deſcanſo del Alma del Don Bartholomé; pues la obligacion de dexar declarado el difunto, que el Don Juan era ſu hijo natural, no pudo ſer mas eſtrecha, que la de reſtituir lo ageno, ó pagar à los acreedores, y en eſtos terminos ſe ſuſcita la curioſa queſtion, ſino dexando el Teſtador en vida evaquados eſtos cargos de



de conciencia; pero mandando en ſu teſtamento, que los evaquàran ſus herederos, comiſſarios, y Albaceas, la demora de eſtos en cumplirlo(ſupueſto que para ellos es grave cargo) cauſe que el alma del difuneo ſe detenga en las penas del Purgatorio? Moviò eſta duda el Señor Santo Thomás, y deſpues otros, que cita el Venerable Obiſpo Araujo *de ſtatu Eccleſiaſt. tract. 3. quæſt. 25.* y defiende, que el ſalir el alma de la Carcel del Purgatorio à gozar el eterno deſcanſo, no depende del cumplimiento de los Albaceas, ó herederos, en lo que les dexó ordenado ſobre dichos aſſumptos: Ibi, num. 2. *Neque anima defuncti detinetur in Purgatorio, donec ejus debita per hæredes, vel teſtamentarios creditoribus ſolvantur, dummodo jubeat vivens debita ſolvi.* Y reſponde al texto *in cap. in literis, de raptorib.* que parece, que perſuade lo contrario. Lo miſmo ſigue Barboſa *in dict. cap. num.* 4. diciendo ſer eſta la reſolucion comun de los Doctores.

24. El ſegundo motivo es inſuficiente, porque no haviendo dexado el Teſtador herederos forzoſos, pudo mui bien inſtituir por tal à el Don Juan Antonio, aun quando no fuera ſu hijo, ſino penitus extraño: con que el que gozàra la hacienda, que le dexò el Teſtador, no dependia de que el Don Manuel declaraſſe, que era hijo del Teſtador, ſin cuya qualidad nadie le diſputaria la herencia contra la expreſſa voluntad; pues permitido, que fueſſe hijo natural, pudo el Padre (no teniendolos legitimos) dexarle la herencia; aunque no tenia obligacion de executarlo, *ex text. in leg.* 10. *Tauri.* Y aunque pudiera tener embarazo, ſi acaſo fuera hijo eſpurio, *ex authent. licet, C. de natural. liber.* Mientras eſto no conſtaba, ni el Padre havia dicho, que era ſu hijo, no ſe neceſſitaba de tal remedio para gozar la herencia.

25. Pero vamos ya à lo que contuvo la declaracion. En ella dixo, que aquel Juan Antonio vivia en Triana, en caſa de Thomàs de Caſtro, y ſu muger, quienes lo havian criado por encargo, y à coſta del Don Bartholomé. Que eſte antes del nacimiento del niño le dixo, que ſe hallaba en la obligacion de procurar con el

ma-

mayor secreto, que Doña Petronila Rodriguez, de estado soltera, saliesse de un embarazo, que èl havia causado, para lo que era preciso por evitar riesgos, conducirla à Triana. Que ella le habló tambien sobre el mismo assumpto, pidiendole, que como Sacerdote la ayudàra en aquel conflicto. Que tambien le encargò el Don Bartholomè, que cuidàra de baptizar la criatura, y que fuera su Padrino, diciendole los nombres, que le havia de poner, y que era hijo natural suyo, y de la Doña Petronila, por ser ambos solteros. Que con efecto se conduxo à Triana á costa del Don Bartholomé, adonde pariò, y le costeaba su crianza, y vestuario. Que siendo de cinco años, se lo llevaron para que lo viera, y fue á parar à casas del declarante, adonde el Don Bartholomè lo agazajò, y lo trató como á hijo. Que estuvo contribuyendo para él hasta el año de 1734. desde quando lo hizo con gran cortedad; porque decia no tenia dinero, y diò orden de que cobràran de sus inquilinos. Que algunos años despues llevaron al niño á las casas del declarante, adonde el Don Bartholomè hizo las mismas demonstraciones, que la vez primera, y dió orden de que alli se pusiera en una casa de satisfaccion, lo que no tuvo efecto, porque el niño llorò por irse con los que lo havian criado, y les ordenó, que le dieran Escuela. Y no firmò esta declaracion por la gravedad de su enfermedad.

26. En todo este hecho tenemos al Don Manuel unico testigo, y examinado sin citacion de persona alguna; y aunque tenga la recomendacion de haver el Testador deferido en èl, ò en substancia remitidose à él en lo que dixera en este assumpto, no ay duda que en ello podia caber fraude, ò excesso, dimanado tal vez de la passion, y cariño, que tuviesse à el Don Juan Antonio su ahijado, y por esto tomò por motivo, que consiguiesse lograr la herencia del Don Bartholomè.



27. No se halla esta consideracion tan desnuda de fundamentos, que no tenga algunos mui adequados. El primero, porque à el Don Manuel Pimentel lo hallamos vario en parte substancial; pues siendo assi, que en la partida de Baptismo (que lo hizo el mismo Don Manuel)

nuel) en la Parroquia de Señora Santa Ana en 16. de Junio de 1724. dixo, y puſo en ella, que la Madre del niño fue *Doña Petronila Joſepha del Villar*; deſpues en la declaracion del año de 1738. dice, que fue *Doña Petronina Rodriguez*. Y ya ſe ſabe, que la diverſidad de apellidos perſuade diverſidad de perſonas, aſsi como la identidad de las familias ſe prueba por la identidad de apellidos. Eſcobar *de purit. quæſt.* 16. §. 2. Mayormente quando no era tan largo el tiempo de 14. años, que havian paſſado, para inducir olvido, ò equivocacion en tan diſtintos apellidos, como ſon los de *Villar*, y *Rodriguez*.

28. El ſegundo, porque ſi ſe quiere ſalvar con el pretexto de la perturbacion, que podia tener el Don Manuel, quando hizo la declaracion, por la gravedad de ſu enfermedad; la miſma pudo tener para lo demàs, que fue exponiendo con tanta menudencia, y aſsi por eſte capitulo â nada de quanto expuſo debia darſele aſcenſo.

29. El tercero, porque es coſa, que cauſa admiracion, que eſta filiacion natural no ſe reſolviera el miſmo Teſtador à declararla por sì, no pudiendo haver en eſto mayor inconveniente, que en que luego lo manifeſtàra Don Manuel de Pimentel. De parte del Teſtador no ſe podia conſiderar perjuicio alguno, ni tenia á quien temer, ni contemplar, mayormente quando ya ſe le acababa la vida. De parte de la Madre, ò havia rieſgo en que ſe ſupiera, ò no? Si no lo havia, por què no lo declara el Teſtador? Y ſi lo havia, como lo declara Don Manuel Pimentel? Ello es cierto, que no conſta, que de haverſe manifeſtado, ſe ſiguieſſe detrimento alguno. Pues qué enigma es eſte, que no permite, que el Teſtador hable claro en negocio tan provechoſo á ſu hijo? No ay tampoco arbitrio para conſiderar mayor perjuicio, reſpecto de la Madre, quando vemos la facilidad, que tenia el Don Bartholomé, para hacerla dexar ſu caſa, y traerſela á eſta Ciudad à qué pariera, como lo declara Pimentel: con que, ò eſte procediò en todo equivocado, ó es un myſterio, que no puede entenderſe.



30. Pero demos, que lo declarado por Pimentel acerca dela filiacion natural, fuesse lo mismo, que le dixo el Testador; ó demos, que el mismo Testador lo huviesse por sì declarado, todavia no puede esto perjudicar á Don Pedro de Rueda. Fundase, en que semejante declaracion del Padre, aunque à él le perjudique, no obra efecto alguno en perjuicio de tercero, ó si ay sospecha de fraude. D. Castillo, *dict. cap.* 125. *num.* 14. Ibi: *Nequaquam suficiet, ubi fraudis suspicio detur, aut tertij prejuditium versaretur.* Y despues, *quod non stetur confessioni Patris dicentis in testamento, vel extra testamentum, aliquem esse ejus filium naturalem ad præjuditium alterius, nec facere naturalem, qui est spurius::: & quod quis sit legitimus, vel naturalis, simpliciter non pendet á potestate Patris illum talem facere; ideo illi non creditur, leg. parentes* 22. *C. de liberal. caus.* y cita en comprobacion otros muchos.

31. Lo mismo siente el Carden. de Luca *de fideicom. disc.* 68. *num.* 5. y Noguer. *alleg.* 25. *num.* 325. Ibi: *In probatione filiationis per tractatum, & nominationem, quod solum præjudicat illis quorum tractatio probatur, & non tertio, & consanguineis, qui non assentiuntur.* Y es la razon; porque es regla de derecho, que *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri ex leg.* 155. *ff. de reg. juris. & ex reg.* 22. *de reg. juris in* 6. pues se abriria la puerta à infinitos fraudes, si solo porque uno declaràra á otro por su hijo, ò legitimo, ò natural, huvieran de estar por ello todos los parientes, ò interessados, à quienes para succeder en el caudal libre, ò vinculado perjudicasse aquella declaracion.

32. Por esto generalmente los Authores asientan con la ley *qui testamentum. ff. de probat. y la ley nec profesis. C. de testam.* Que nunca prueban, ni perjudican las confessiones en perjuicio de tercero, aunque se hagan con juramento. Tiraquel. *In leg. Si unquam, C. de revocand. donat. verb. donatione largitus, num.* 91. y dà la razon: *Nam alioqui esset liberum cuique legem fraudare juramento interposito contra leg. si quis. §. ultim. ff. de leg.* 1. Y aun quando sea hecha la confession en el articulo de la muerte, como lo prueban Gomez, *in leg.* 83. Tauri, *num.* 15. D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 111.



33. Y

33. Y en terminos de confesion de filiacion, y de pretenderse con ella la succesion de algun Mayorazgo, Noguer. *ubi sup. num.* 326. Ibi: *In hoc casu sumus in causa Majoratus, in qua sicut possessor non potest suo facto præjudicare successoribus, ita nec recognoscendo aliquem consanguineum potest facere eum capacem succesionis.* Mieres de majorat. p. 2. q. 2. num. 158. Ibi: *Quod si possessor bonorum majoratus fateatur in testamento, vel in aliqua dispositione, quod aliquis est suus filius legitimus, & naturalis ad hoc ut succedere posit in Majoratu, talis confessio tamquam contra Jus, & quia est prohibitum relinquere bona Majoratus filiis illegitimis, non juvat successorem.* Capicc. Latro decis. 14. num. 18. Ibi: *Et quamvis in casu prædicto pater nominaveris filium naturalem, de dicta ejus confessione nulla est habenda ratio.*

34. Todo esto tiene bastante aplicacion à nuesto caso; pues independiente de la succesion en los bienes libres de Don Bartholomé, sabìa este (y lo sabìa Don Manuel Pimentel) que su hermano Don Juan, ultimo posseedor, tenia este Mayorazgo, y otros de la Casa (en los quales confiessa Don Juan Antonio haver succedido, y asi lo articuló en la segunda pregunta) y sabìa, que no tenia succesion, y que despues por el Fundador estaban llamados transversales, y sus lineas, y una de ellas la de Don Fernando de Rueda; y asi, para que todo esto lo gozàra el Don Juan Antonio, y perjudicar à los legitimos successores, pudo llevar la idea de comunicarle al dicho Pimentel, que el susodicho era su hijo natural: con que estando aqui tan claro el perjuicio de tercero, importa nada aquella comunicacion, ni aunque el mismo Don Bartholomè lo huviera declàrado.

35. Compruebase con un argumento tan eficaz, como que procede con mayorìa de razon. Si el Padre declara, que alguno no es su hijo, no le perjudica à este tal declaracion. Tex. in cap. *per tuas*, de probation. & in leg. *quidam*. ff. eod. titul. D. Covarub. in 4. Decret. p. 2. cap. 8. §. 3. num. 6. D. Castillo dict. cap. 125. num. 15. Pues si siendo una cosa tan repugnante à lo natural, como que el Padre, ó la Madre negasse falsamente, que

fues-

se su hijo el que en realidad lo era, todavia no se estima esta confession en que se niega la filiacion, porque ay perjuicio de tercero; con mayor razon no se deberà hacer caso de la confession afirmativa de la filiacion, quando se puede llevar el respecto de dexar à el llamado hijo, acomodado con la succession de bienes libres, ò vinculados. Procediendo esto, aunque la confession la haga la Madre, que puede tener la mayor certeza, que el Padre, de que aquel es su hijo, como lo reflexiona con Menochio D. Castillo ubi supra. Ibi: *Et si Matris assertio, atque confessio nocere hoc casu non potest filio, multo minus ei obesse potest assertio Patris, qui non ita certus est, ut Mater; si enim Matri magis certæ adhibenda non est fides in detrimentum filii, multo minus credendum est Patri.*

36. De aqui se infiere, que si la confession, ó reconocimiento expresso, aun hecho por el Don Bartholomè, no perjudicarìa à los demàs llamados al Vinculo, mucho menos, quando vemos el miedo, ó recato, que tuvo en declararlo; y mucho menos declarandolo Pimètel, aun sin expressa facultad para ello, pudiendo en esto caber mucho fraude, por el afecto, que tendria à su ahijado. Pero se podrâ replicar: Si esta confession, ó reconocimiento, aun hecho por el mismo, que se dice Padre, no perjudica à tercero, para què efecto lo requiere la Ley 11. de Toro? No havia la Ley de prevenir un requisito inutil: con que si lo previno, fue porque havia de aprovechar. Esta dificultad se resolverá despues en lugar no menos oportuno à el n. 50. porque ahora, por no invertir el orden, passamos á otra cosa.

§. II.

37. HAsta aqui se ha hablado del reconocimiento expresso, ó hecho por palabras; aora se sigue tratar del tacito, ó inducido por los mismos hechos. Son varios los que persuaden la filiacion, de quibus. Noguerol, *dict. alleg.* 25. *á num.* 26. D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 104. *ubi latissime*. Aguila *ad* Roxas, p. 2. cap. 4. *á num.* 32. De estos parece que se hallan aqui muchos,

como

como son los que resultan de la declaracion de Pimentel: esto es, el cuidado de traer á la Doña Petronila á Sevilla, para que pariera: hacer con ella los costos necessarios: pagar la crianza del Don Juan Antonio, y costearle el vestido: encargar, que se baptizàra, y los nombres que se le havian de poner: tratarlo, y agasajarlo como hijo; todas las quales son congeturas, segun los citados Authores, que prueban la filiacion, mayormente, quando esto no solo se deduce de la declaracion de Pimentel, sino tambien de otros testigos examinados en la prueba, de que luego se hablarà.

38. Pero se ha de prevenir desde aqui, que no se puede tener por testigo idoneo à el Don Manuel Pimentel, porque este ni fue ratificado, porque ya havia muerto; ni fue abonado por otros testigos, por lo qual absolutamente nada prueba; pues es notorio en derecho, que el testigo examinado en el sumario sin citacion, no hace prueba alguna, si luego en el plenario no se ratifica, ó abona con citacion de aquel à quien ha de perjudicar. D. Vela *in prælect. ad cap. 1. de offic. Ordin. part. 1. num.* 162. Barbosa, *vot.* 126. *num.* 345. Matheu *de re crimin. controv.* 18. *num.* 47.

39. Demos que todos los referidos hechos sean ciertos: y qué sacamos de aqui? No mas, que haver andado la mitad del camino, quedando por andar lo mas fragoso. De modo, que lo que puede deducirse de todo ello (y lo que deducen los Authores de estas, y otras congeturas) era, que D. Juan Antonio havia sido hijo de Don Bartholomè de Nava; pero de qué calidad? Fue legitimo? No, porque no huvo matrimonio. Fue natural, ò espurio? Esta es la dificultad. Para poder succeder en Mayorazgo es menester, que se pruebe la qualidad de natural, y esta no se prueba, ni se infiere de la generalidad de ser hijo: con que todos estos hechos, ó congeturas, poco adelantan, mientras no se pruebe, que aquella filiacion fue natural.

40. El modo de probarla ya lo dice la ley 11. de Toro, que es, que se verifique, *que á el tiempo, que nacieron, ó fueron concebidos, sus Padres podian casar con*

 sus

sus Madres justamente sin dispensacion. Y esto se ha probado? Nada menos. Lo que dice Pimentel no es mas, sino que le dixo Don Bartholomé, que baptizasse al niño; y que en la partida pusiesse, como era hijo natural suyo, y de la Doña Petronila, por ser ambos de estado solteros,como si acaso de los solteros (y no de los que no lo son) no fuera de los que se pueda verificar,que no se puedan casar sin dispensacion. No consiste solo el impedimento para no poderse casar, en no ser ambos solteros, sino en que siendolo, ay otros muchos, assi impedientes, como dirimentes, que haràn ilicito, ò invalido el matrimonio, y que no sea justo sin dispensacion: con que de haver tenido un hijo dos solteros no se infiere precisamente, que sea natural.

41. No ignoro,que es célebre question,si naciendo uno de Padres, que para poderse casar tenian impedimento solamente impediente, sea natural, ó espurio? El Padre Sanchez *de matrim. lib.* 1. *disp.* 2. *num.* 8. *& in concil. moral. lib.* 4. *cap.* 3. *dub.* 2. *num.* 2. Araujo *de statu civili, disp.* 11. *quæst.* 1. *num* 10. y otros muchos Canonistas, y Moralistas, llevan, que es hijo natural, y que para no serlo, solamente obstàra el impedimento dirimente. Pero que haviendo algun impedimento, bien sea impediente, ó bien dirimente, no sea el hijo natural, lo defiende pro viribus. Hontalva *de spuriet. putativ. part.* 2. §. 4. *cum* D. Castillo, Loterio, *& aliis*, proponiendo para ello fortissimos fundamentos, y respondiendo à los contrarios. Y esta opinion es la que parece, que se acomoda mejor con nuestra ley de Toro, que absolutamente requiere, que los Padres puedan casar sin *dispensacion*; es assi, que necessitan de ella los que solo tienen impedimento impediente: luego este es suficiente, para que el hijo no sea natural.

42. Pero prescindiendo de esto, es cierto, que todos confiessan, que si dos solteros, que tenian impedimento dirimente, sin cuya dispensacion no podian contraer matrimonio, tienen un hijo, este no serà, ni se podrà decir natural. Pues ahora, los impedimentos de esta classe son muchos, y alguno de ellos pudo haver entre Don

Bar-

Bartholomè, y Doña Petronila: luego no porque fuessen solteros, el hijo que tuvieron ha de ser natural. El que quiere probar que es natural, ha de liquidar todo lo que es preciso para serlo; con que ha de probar, que los Padres no tenian impedimento alguno, à lo menos dirimente, para poderse casar; es assi, que esto no se ha probado, ni Pimentel declara, que se lo dixesse Don Bartholomè, sino solo, que los dos eran solteros: luego no tenemos probada la filiacion natural.

43. Se puede replicar, que la prueba de no haver tenido los Padres tal impedimento, es por su naturaleza impossible, porque es de negativa. Pero se responde lo primero, que esta negativa se convierte en afirmativa: esto es, que estaban los Padres libres para contraer matrimonio sin dispensacion, y esta negativa, que se llama prægnante, la debe probar el que se funda en ella. Carlev. *de judic. lib. 2. disp. 3. num.* 38. Roxas *de incomp. part. 2. cap.* 1. Lo segundo, que aunque sea la negativa simple, la debe probar el que la alega por fundamento de su intencion. Card. de Luca *de Regal. disc.* 14. *num.* 3. ibi: *Cum negativa prædicta esset fundamentum vacationis, indubitatum de jure dicebam, illam probandam esse ab eo, cujus fundamentum in ipsa consistebat.* Y assi el mero hecho de ser possible, que huviesse impedimento, destruye el intento contrario. Luca ubi sup. *num.* 6. ibi: *Unde intrat receptum axioma, quod sola contraria possibilitas, præsertim in negativis, tollit probationem concludentem.* Y lo mismo se afianza con la ley *hoc jure. ff. de verbor. obligat.* Gomez 3. *var. cap.* 11. *num.* 4. ibi: *Imo quod magis est, si quis fundat intentionem suam in negativa qualitate, debet eam probare.*

44. Lo tercero, que las pruebas se hacen en el modo possible. Robert. *Rer. judicat. lib. 2. cap.* 10. Y assi en la misma materia de que se trata, lo vemos practicamente en los pliegos matrimoniales, que se hacen para contraer matrimonio, en que se examinan testigos sobre la libertad de los contrayentes, y no tener impedimento para dicho matrimonio, teniendose por bastante que depongan lo que saben, ò la inteligencia en que se

ha-

hallan, y mucho mas, si añaden, que de haver algun impedimento, era regular, que no lo ignoráran.

45. Mui conducente huviera sido para esto probar, que el Don Bartholomé solicitó casarse con la Doña Petronila, y que no tuvo efecto por algun motivo accidental, extrinseco, que se ofreciesse, como por oposicion de los parientes, enfermedad, y otros semejantes; pues no era de discurrir, que teniendo impedimento dirimente, solicitàra con tanta facilidad el desposorio. Pero Don Manuel Pimentel (que es el que nos dà todas las noticias, porque el Don Bartholomè estuvo en esto mudo) nada dice de que pretendiera casarse, ni de que comunicàra mas à la Doña Petronila; ni dice quien era esta muger, sino sólo que la conocia, y que era soltera, ni dice qual fue su paradero, ni la vuelve à mentar para cosa alguna. Y antes bien, siendo el Don Bartholomé un hombre timorato, es de discurrir, que á no havèr algun impedimento, huviera efectuado el matrimonio, de que se seguia la quietud de su conciencia, el honor de là Doña Petronila, y la legitimacion del hijo.

46. Pero se puede volver à replicar: aunque por lo regular la prueba de algun hecho, ò qualidad, le toca á quien en ella se funda; esto se limita, quando tiene á su favor la presumpcion de derecho, en cuyo caso se releva de la carga de la prueba, y passa esta obligacion á su contrario. D. Covarr. *var. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 2. Pareja *de instrum. edit. tit.* 5. *res.* 9. *à num.* 142. D. Castillo *de tertijs, cap.* 12. *num.* 25. Con que debiendose presumir, que el hijo es natural, y no espurio, y que por consiguiente sus Padres estaban habiles para poderse casar, le tocàra à quien lo impugna la prueba de lo contrario, y esta no se ha hecho por Don Pedro de Rueda.



47. Delicada parece la objeccion, pero es ninguna; porque se responde lo primero, que no es tan cierto lo que se supone, de que el que tiene à su favor la presumpcion, se exima de la obligacion de probar; pues lo contrario llevan algunos Authores, que cita, y sigue Gonzalez, *in Reg.* 8. *glos.* 43. *num.* 95. ibi: *Maximè, quia*

quan-

quando quis tenetur, uti actor probare aliquid, in quo se fundat, tunc non suficit Juris præsumptio, sed requiritur aliunde probatio.

48. Se responde lo segundo, que es mui controvertida la question, que pregunta, si el hijo havido fuera de Matrimonio se presuma natural, ò espurio? La toca latamente D. Castillo, lib. 5. cap. 124. donde refiere las contrarias opiniones, y fundamentos de ellas; y luego resolviendo con distincion de casos, dice en el primero, que quando el fundamento del que pide consiste en ser hijo natural, entonces no se presume, que lo es, sino debe probarlo: ita num. 12. *Conclusio prima sit, quod ubicumque qualitas naturalitatis, aut quod aliquis sit filius naturalis, & non spurius, est fundamentum agentis, ea non præsumitur, nec agens consequitur aliquid, nisi probet.* Gutierr. *pract. lib. 2. q. 112.*

49. A lo mismo se inclina Aguila ad Roxas, *p. 2. cap.* 4. tocando la question desde el num. 66. y aplaude la distincion, que dió Garcia de *nobilit. Glos.* 20. *num.* 37. diciendo, que por derecho Civil mas bien se presumia el hijo espurio, que natural. Por derecho Canonico se presumia mas bien natural, que espurio. Pero por derecho del Reino despues de la ley 11. de Toro, ningun hijo se presume natural, sino lo prueba. Lo confirma el mismo Aguila á numero 63. donde defiende, que para declararse algun hijo por natural, es menester, que conste quien fue su Madre, para que se pueda saber si era soltera, y si tenia algun impedimento, que le embarazàra la libertad para el Matrimonio, cuyas circunstancias de hecho no se presumen, y las debe probar quien se funda en ellas. Ibi: *Ergo ea (id est Mater) precise demonstranda est; quomodo enim sciri poterit esse solutam, non habere impedimentum, & libere contrahere posse, si ignoretur? Hę enim facti circunstantię sunt, facta autem non præsumi, certum est::: sed ab eo probanda sunt, qui in eis suam fundat intentionem::: alterius qualitas specialiter requisita, specialiter probanda est.*

50 Concluye el assumpto D. Castillo, cap. 125. num. 14. Ibi: *Remanet ergo, quod recognitio parentum,*

quæ

quæ regulariter sufficit, ut quis filius naturalis dicatur, si soluti, & solutæ qualitas alia detur, & verificetur, & plene probetur juxta decis. dict. leg. 11. Tauri, nequaquam sufficiet, ubi fraudis suspicio detur, aut tertii præjudicium versaretur. De lo qual, y demàs con que prosigue ilustrandolo, se infiere lo primero, que haviendose de probar, que los Padres eran solteros, segun la decision de la ley; requiriendo esta, que no tengan impedimento, que se les dispense, esto es preciso probarlo, para que conste de la filiacion natural. Y lo segundo, que el reconocimiento del Padre por sì solo, serà bueno para perjudicar á el mismo Padre (por lo que no es en vano este requisito de la ley) y asi, si el hijo le pidiera alimentos en virtud de aquella confession, no pudiera excusarse, porque para con el Padre lo constituia en la quasi possession de filiacion; pero en haviendo perjuicio de tercero, ella sola no basta; siendo la razon, *quia alias esset in manu confitentis dicere quod vellet.* Y asi, para que perjudique à tercero, y no se ponga duda en la filiacion natural, se requiere, que el hijo pruebe las circunstancias, que dice la ley, ademàs del reconocimiento del Padre. Y con esto se satisface à la pregunta, y dificultad, que quedò pendiente, y reservada su respuesta para este lugar al num. 36.

§. III.

51. TOdavia podrà replicar Don Juan de Nava, que se halla en possession de este Vinculo, y que segun la distincion con que procedieron Tello Fernandez *in dict. leg. 11. Tauri*, D. Castillo, *dict. cap. 124.* y otros, que tocan la materia; se proponen varios casos, y hablando de èl, en que el hijo, que se dice natural, se halle en possession de aquello, que no pudiera posseer, sino es con la qualidad de natural, si el contrario pretende quitarle lo que possee, por decir, que es espurio, debe entonces probarlo el que le opone el defecto, bastando para su defensa estàr en possession, y asi se deberà contemplar como reo demandado, y Don Pedro de Rueda como actor, y será de cargo de este la prueba.

52. Pero

52. Pero este argumento tiene diferentes soluciones, con las quales se corrobora lo que antes queda discurrido. Es la primera, que aunque el Don Juan ha estado, y està desfrutando los bienes del Vinculo, ha sido como Posseedor instruso, y no verdadero Posseedor, y ha sido un detentador voluntario, y violento, como que la possession la tenia Don Diego de Rueda, Padre del menor. No hablamos ahora de la civil, y natural, transferida por ministerio de la ley, sino de la corporal, real, actual, y esta nunca la ha tenido Don Juan de Nava, pues lo que producen los Autos es, que fallecido el ultimo Posseedor en el año 1741. aunque por el Padre de Menores, por representacion del Don Juan, se saliò pidiendo la possession, y se le mandò dàr, nunca llegó el caso de tomarla. Asi lo ha confessado en pedimento de 29. de Marzo de 1743. y por esto, aunque en el solicito ser manutenido, no fue en la possession real, actual, que no tenia, sino en la civil, y natural, que decia haversele transferido por la ley, que es lo que oy se està disputando.

53. La segunda, que el que tomó la possession real, actual, fue Don Diego Luis de Rueda, à quien consta haversele dado de este Vinculo, y el amparo en 18. de Febrero, y 2. de Marzo de 1743. precedida la justificacion de su parentesco: con que el haverse quedado, sin embargo de esto, desfrutando los bienes el Don Juan de Nava, fue por intrusion voluntaria de este, que se la tolerò, ò permitió, mientras el pleito se seguia, el dicho Don Diego, y este como acto facultativo, ò permissivo, no puede dàr possession estimable, ni manutenible. Postio *de manuten. observ.* 53. & 54.

54. La tercera, que aunque dieramos que el Don Juan huviesse tomado la possession antes del litigio, para que se pudiera aplicar la doctrina de Tello Fernandez, no es esta tan seguida en lo absoluto de su proposicion, que no dixera Matienzo, *in leg.* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop. Glos.* 3. *num.* 10. que era peligrosa: y asi explicandola desde el numer. 8 hace esta distincion: si el transversal, que pretende la herencia, ò Mayorazgo entra fundando

su

su incencion en la ilegitimidad, ò espuriedad del descendiente, entonces deberà probarla; pero si el transversal funda su pretension, no en la ilegitimidad del Posseedor, sino en el proprio derecho que le assiste para succeder, ó por derecho, ó por la fundacion, entonces no es de su cargo probar la ilegitimidad del que se opone con el titulo de descendiente, sino de cargo de este el probar su aptitud, y justa possession. Assi hablando num. 10. del que pretende como hijo legitimo, respecto de un hermano del Testador, ibi: *Si actor fratrem legitimum defuncti esse probaverit, non absolvetur reus, nisi legitimis probationibus ostenderit, se esse filium defuncti legitimum, quia hoc est fundamentum suæ intentionis, quod probare tenetur, alias condemnabitur ad bonorum restitutionem, cum actor suam probaverit intentionem; nempe esse fratrem defuncti.*

55. Y en terminos de hijo natural instituido por el Padre, y demandado por un ascendiente preterido, num. 11. ibi: *Si avus petat ab eo hæreditatem, suficit probare, esse avum legitimum, & reo incumbet probatio filiationis, licet bona possideat, & nisi probaverit, filium esse testatoris, natum ex concubina, cum qua tempore conceptionis, vel nativitatis pater poterat absque dispensatione contrahere matrimonium, & quod pater eum nominaverat filium, & pro tali eum recognoverat juxta legem nostram, condemnabitur profecto filius ad restitutionem bonorum.* La misma distincion sigue Gutierrez, *lib. 2. pract. quæst.* 112. *num.* 7. y Mascardo, *de probat. conclus.* 799. *á num.* 12.

56. Apliquémos: llegado el año de 1743. saliò Don Diego de Rueda haciendo su pretension en esta forma: Presentò testimonio de las clausulas de la fundacion; refirió los llamamientos, y entre ellos el de Don Fernando de Rueda su ascendiente; hizo mencion del ultimo Posseedor Don Juan de Nava, que havia entrado por una de las lineas anteriores; expuso, que no havia dexado descendientes legitimos, ni los havia de las otras lineas; ofreció informacion de su parentesco; y pidiò la possession, sin que en todo el pedimento hablasse del actual Don Juan de Nava, ni tratasse de si era hijo na-

natural, ó eſpurio: con que no nos hallamos en el primero caſo de la diſtincion de los citados Authores; eſto es, quando el tranſverſal ſe funda en la ilegitimidad del deſcendiente, ſino en el ſegundo caſo, quando ſe funda en derecho proprio, que le confiere el llamamiento de la fundacion.

57. De que ſe ſigue, que aunque con el motivo de la opoſicion, que ſaliò haciendo Don Juan de Nava, ſe le aya diſputado ſu filiacion natural, eſto ha ſido por via de excepcion; y aſsi el que ſe ha fundado en dicha filiacion, ha debido probarla, haviendole baſtado à D. Diego de Rueda la prueba, que hizo de ſer de la deſcendencia legitima de uno de los llamados, y eſte es el concepto de Matienzo. Ibi: *Probavit, eum eſſe avum, vel fratrem defuncti, & ſic hæredem legitimum; quare reo bona poſidenti incumbit probatio filiationis, quia eſt fundamentum ſuæ intentionis, quod niſi probaverit, condemnabitur ad reſtitutionem.*

58. Tampoco arguirà bien Don Juan de Nava, ſi dixere, que la nominacion, ó confeſsion del Padre lo conſtituye en la quaſi poſſeſsion de filiacion, ex D. Caſtillo, *dict. cap.* 125. *num.* 14. porque yá ſe ha dicho, que el Padre no hizo tal confeſsion, y ſe han manifeſtado los trabajos, que tiene la declaracion de Pimentel. Pero aunque lo huviera claramente confeſſado el Padre, el miſmo D. Caſtillo dice immediatamente, que eſto no procede en perjuicio de tercero, ſino ſolo del miſmo que hace la confeſsion.

§. IV.

59. DIrà finalmente Don Juan de Nava, que todo eſto es canſarſe en vano, porque conociendo la preciſion, que tenia de juſtificar ſu filiacion natural, ha tratado de probarla con cinco teſtigos Presbyteros, articulando, que el ſuſodicho fue hijo natural del Don Bartholomé, quien lo huvo en la Doña Petronila, ſiendo ſolteros, habiles, y capaces para contraer Matrimonio, y que ſus Padres lo trataron, y reconocieron por tal hijo natural. Dixeron con efecto los teſtigos,

 que

que lo era; pero son mui deviles las razones en que se fundan.

60. Fundanse en ser publico, y notorio; y esto en substancia es equivalente à deponer de oidas vagas: porque muchas cosas se llaman notorias, que en realidad no lo son. D. Gonzal. *in cap. 3. de divort. num.* 6. Ello es cierto, que en vida del Don Bartholomé, no solo no era notoria esta filiacion, sino que estaba en el mayor secreto; pues aun llegando à morir, no se determinó à declararla en su testamento, y segun lo que en èl dixo, parece que solamente la sabìa Don Manuel Pimentel; y como luego sabrìan muchos la declaracion, que este havia hecho, no serìa extraño, que se divulgàra la noticia; pero examinando el principio de ella, este venia à ser la declaracion de Pimentel. Esto, y el no decir los testigos quales fueron los sugetos, à quienes lo oyeron, ni menos que fuesse á la mayor parte del Pueblo, ò de la Vecindad, hace que no se pueda decir fama publica. Mascard. *De probat. concl.* 791. *num.* 18. Ibi: *Ut autem hæc probatio concludat, oportet, quod testes deponant, etiam non interrogati, de personis, á quibus audierint, alioqui non probarent comunem opinionem.* Et num. 19. Ibi: *Opportere, testes interrogatos deponere, se audivisse á majori parte Populi, vel Viccinia, & de causa, unde traxerit originem.*

61. Mas parece, que es equivalente la razon, que prosiguen dando algunos de los testigos, y es, que no solo el D. Bartholomè, sino aun la Doña Petronila, trataron, y reconocieron à el Don Juan por su hijo natural; pero tiene esto varias replicas. La una, que aunque fuera asi, ya queda probado, que el reconocimiento de los Padres nada obra en perjuicio de tercero. La otra, que no se compone bien este tratamiento delante de los testigos, quando se tenia esto en tal secreto, que como yâ queda tocado (y es digno de tocarlo â cada passo) no tuvo resolucion el Don Bartholomé para manifestarlo en su testamento. La otra, que siendo Pimentel el que tenia las mayores noticias, y quien dixo, que conocia á la Doña Petronila, y que esta le havia hablado sobre su afliccion, no dice en toda su declaracion, que la susodi-

cha

cha tratasse, ni reconociesse à el Don Juan por hijo natural.

62. Y la otra, porque dice Pimentel, que el niño se crió en Triana, y que haviendolo en una ocasion llevado à Carmona unos dias à casa del susodicho, en ella lo vió el Don Bartholomè (y nada dice de Doña Petronila) y que despues de algunos años lo volvieron à llevar á las casas de dicho Pimentel, y quiso el D. Bartholomé ponerlo en otras, lo que no tuvo efecto, porque el niño lloró por venirse con los que lo havian criado: con que quando, ni donde pudo tratarlo, y reconocerlo por hijo la Doña Petronila, à vista de los testigos? Y finalmente, aunque los Padres hicieran con èl demonstraciones de cariño, y le llamáran de hijo, todo esto podia verificarse, aunq̃ no fuesse hijo natural; sucediendo lo mismo acerca de los gastos en la crianza, y demás, que refieren los testigos, y sobre que havia declarado Pimentel.

63. Las oidas á este, es otra razon, en que se fundan; pero no perjudicando aquella declaracion, por lo que ya queda discurrido, menos perjudican los referentes à su author, pues tanto importa el referente como el relato. Barbos. *claus.* 5. *á num.* 4. Pero què dirèmos de la Partida de Baptismo del Don Juan, en que se puso por hijo del Don Bartholomè, y Doña Petronila, baxo de la expression de ser ambos solteros? Decimos, que la dicha Partida fue dispuesta por Pimentel, como èl mismo lo confiessa; y aunque huviera sido por disposicion del Don Bartholomè, esto importaba poco, porque tales Partidas lo que prueban es el Baptismo, pero no la filiacion, ni la calidad de ella. Card. de Luc. *de judic. disc.* 30. *num.* 8. Barbos. *de potest. Parrochi*, *cap.* 7. D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 104. *num.* 10.

64. Mas ya que esto no pruebe, probarà acaso la filiacion natural, que el Don Bartholomé en su Testamento instituyó por heredero à el Don Juan Antonio, y le hizo substitucion pupilar, y le nombró Tutor, y Curador, que fue à Don Juan de Nava su hermano? Tampoco. No lo prueba la institucion de heredero, porque esta se puede hacer en qualquier extraño, ó pariente

trans-

transversal, y por mera afeccion. Ni lo prueba la substitucion pupilar; porque esta congetura fuera alguna, quando tal substitucion se pudiera hacer legitimamente en el hijo natural; pero esto no es asi, porque siendo uno de los precisos requisitos de la substitucion pupilar, que aquel á quien se le hace, se halle baxo de la patria potestad del Testador, esto no se verifica en el Padre natural, el qual no tiene potestad patria en semejante hijo, y asi no le puede hacer esta substitucion. Gomez, 1. *var. cap.* 4. *num.* 2. Ortega, *in addit. ad* D. Covarrub. *in cap. Raynutius, de testam.* §. 5. *num.* 13. conque el que cometió el error en hacer tal substitucion à quien no tenia en su potestad, no serìa mucho que lo cometiesse en hacerla à quien no fuesse su hijo.

65. Ni prueba la filiacion el haverle nombrado Tutor; porque puede nombrarselo un extraño á el pupilo, instituyendolo por heredero, y para aquellos bienes, que le dexa. Gutierr. *de tutel. p.* 1. *cap.* 4. *num.* 13. *L.* 8. *tit.* 16. *p.* 6. Ibi: *Otrosi decimos, que si algun ome estableciere en su Testamento por su heredero à algun huerfano extraño, que le puede dár guardador en aquel mesmo Testamento*: con que haviendo el Don Bartholomè instituido por heredero á el Don Juan Antonio, no es mucho que le diesse Tutor, aunque no fuera su hijo, y por esto dixo: *Le nombró por Tutor, y curador de su persona, y bienes, que de mi ha de heredar*; como dando à entender, que solo porque le dexaba aquellos bienes, y para la administracion de ellos, le dexaba Tutor, que es lo que puede hacer qualquier extraño.

66. Aun nos queda todavia mas, y es, que el ultimo Posseedor Don Juan de Nava, hermano de Don Bartholomé, en dos codicilos que hizo en 31. de Enero de 1740. y 25. de Marzo de 1741. le dió á el Don Juan el tratamiento de sobrino, y dixo, que era hijo natural de su hermano, y que debia succeder en los Vinculos, y Mayorazgos, que él posseìa. Pero no es de extrañar, que estuviesse creìdo en esto, quando havia visto la Partida de Baptismo del Don Juan Antonio, en que se le ponia por hijo natural de su hermano, como

como assi lo declarò Pimentel, añadiendo, que no solo el dicho Don Juan, ultimo Posseedor, havia visto la Partida, quando la llevaron à Carmona Thomàs de Castro, y su muger, sino que la havia guardado, y quedado con ella. Vió tambien el cariño, que le mostrò su hermano, dexandolo por heredero, y à él por Tutor suyo: con que no es de admirar, que se persuadiesse (pues no dice, que tuviesse otros fundamentos) à que era cierta aquella filiacion; y como no consta, que tuviesse otros parientes de su linea, no se detuvo en proteger á el que contemplaba sobrino.

67. De aqui se sigue, que no estamos en los terminos, en que Noguerol, *alleg.* 25. *num.* 79. tuvo por congetura de la filiacion, la confession de los hermanos, ó parientes; porque habla en el caso de que estos puedan estàr instruidos en los verdaderos fundamentos de la filiacion, y en haver intervenido, ò presenciado algun acto, en que el Padre para con el hijo hiciesse oficios de tal, que es el supuesto, en que habla Graciano, *discept. tom.* 4. *cap.* 653. *á num.* 70. citado por Noguerol; pero esto aqui no pudo ser, por el mismo hecho de haverse criado el Don Juan en Sevilla, y quando lo llevaban á Carmona, nunca iba à las casas del Don Bartholomè, el qual en su Testamento no dixo, que su hermano supiesse (como lo dixo de Pimentel) quien era aquel Juan Antonio; fuera de que el citado Graciano, num. 71. lo que dice es, que la confession de los parientes, à ellos les podrà perjudicar; pero no dice, que perjudique à tercero.

68. El ultimo argumento, que hace Don Juan de Nava consiste, en que Doña Theresa Maraver, como Madre, y Tutora de Don Pedro de Rueda le tiene confessada su filiacion natural, y esto lo funda en que la susodicha dixo en un pedimento, que daba por probada la dicha filiacion; pero este es de vilissimo fundamento. Lo primero, porque el mismo pedimento explicò, que esto era solo con el respecto à no incluirse en hacer justificacion de una especie, que havia alegado su Marido, quando litigaba, sobre que recayó la fianza de calumnia. Lo

 se-

ſegundo ; porque aquello lo dixo , no conſintiendo la filiacion , mediante que no le conſtaba de ſu certeza , ſino hablando permiſsivamente para recaer , en que aun ſiendo cierta aquella filiacion , no le perjudicaba à ſu hijo. Lo tercero , porque ſi aquellas palabras ſe quieren tomar como allanamiento , lo que vemos es , que no lo aceptò Don Juan de Nava , ó no lo tuvo por baſtante, pues ſin embargo de él ſe incluyò en hacer probanza de ſu filiacion , examinando para ello teſtigos , lo que no pudiera, ni debiera hacerſe , ſi le eſtuviera confeſſada la filiacion, *ex leg.* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *recop.* Y lo quarto , porque la Tutora no puede perjudicar á el menor con ſemejante confeſsiou , no teniendo ciencia cierta de tal filiacion , como con efecto à pedimento del Don Juan ha declarado no tenerla , ni fundamento para aſſegurarla. Tiraquel. de *retract. tit.* 2. §.4. *Gloſ.*6.*num.* 12. Ibi: *Sicuti nec Tutor, Curator , aut Executor , aut alius adminiſtrator per ſimplicem ſuam confeſsionem faciunt fidem de recepto in præjuditium pupili , minoris , hæredum , & aliorum , niſi de numeratione aliter appareat.*

CONCLUSION II.

AUNQUE DON JUAN DE NAVA TUVIERA probada ſu filiacion natural,no podia obtener eſte Vinculo, porque fuè excluido en la fundacion , y huvo facultad para excluirlo.

69. EN eſta fundacion eſtàn excluidos los hijos naturales , de tal modo ; que el Fundador aun à ſu propria hija Doña Juana de Vega (no teniendo otra) por ſer natural , no la llamò à la ſucceſſion ; ni quiſo darle entrada en eſte Vinculo. Hizo los llamamientos en ſus nietos , que eran legitimos, y proſiguió llamando à ſu deſcendencia ; pero en eſta forma: *y ſus hijos, y deſcendientes legitimos, y de legitimo matrimonio,* como parece de la clauſula copiada num.4.y aun en los deſcendientes de los tranſverſales requirió la miſma le-

legitimidad, como se vé à el numero 5.

70. Esto assi, lo mismo es decir, que succedan los que fueren legitimos, que excluir à los naturales, aunque no se haga mencion de estos, porque es incompatible, é impossible, que siendo uno meramente natural, en aquel mismo estado sea legitimo; y en siendo dos cosas contrarias, por la limitada admission de la una, se entiende excluida la otra: al modo, que si se dice, que ahora es de noche, por el mismo hecho se excluye, que sea de dia, si se afirma, que una cosa es mia, por lo mismo se excluye, que sea de otro; y si se dice, que en tal cantidad se constituyò deposito, por lo mismo se excluye, que huviesse mutuo, por ser todas estas cosas contrarias entre sì mismas, como lo son, ser legitimo, y ser solamente natural. Roxas *de incompat. part.* 1. *cap.* 3. *á num.* 6. ibi: *Inter in compatibilia positio unius inducit renuntiationem alterius; nam positio unius contrariorum sequitur alterius destructionem, cum simul esse non possunt.*

71. Con este, y otros fundamentos defiende la expressa conclusion del hijo natural, por el mismo hecho de llamarse solo los legitimos à la succession del Mayorazgo. D. Molina *de primog. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 45. aun hablando en terminos mas rigorosos: esto es, quando ay llamamientos de hijos, sin la expression de legitimos; pues ni aun entonces le dá entrada à los naurales, ibi: *Credimus ad primogenij successionem, in quo filij simpliciter vocati sunt, numquam esse filios naturales admitendos.*

72. Ni esto es de admirar, quando es sabido, que los hijos naturales no se comprehenden en la linea recta para succeder en los Mayorazgos. Roxas, *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 106. ni se dicen de la familia, ni de la agnacion, ni merecen el nombre de hijos. Addent. ad D. Molina, *dict. cap.* 3. *sub num.* 41. D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 82. *num. fin. Text. in cap. dicat aliquis, caus.* 32. *quæst.* 4. ibi. *Si igitur ancillæ filius hæres non est: ergo nec filius est.*

73. Comprueban el intento principal los citados

Ad-

Addent. ibi: *Ubi filij legitimi, sive descendentes legitimi vocati sunt, in quo casu sire ulla controversia excluduntur naturales, nam ex verborum formula apertius ratio exclusionis in comperto est:::, multo magis hæc firmissima conclusio in Hispanorum primogenijs admititur, sive fiat mentio de filijs legitimis, in quo casu nulla disceptatio est, sive de filijs simpliciter.* Avendaño, *in leg.* 40. *Tauri, Glos.* 11. *num.* 43. ibi: *Quid in filio naturali? Et si legitimus invitatur, aperte excluditur.*

74. D. Castillo, *dict. cap.* 82. con otros muchos, num. 46. donde lo prueba latamente, y añade la reflexion, de que si en el llamamiento ay la reduplicacion (como aqui se halla) de que succedan *los hijos legitimos, y de legitimo matrimonio*, entonces es el caso mas evidente, ibi: *Et ille tertius casus principalis (qui indubitatus est, aut indubitate procedit) magis indubitatus esset, quando Majoratus institutor in vocationibus, non modo legitimorum mentionem fecit, sive legitimos ad successionem vocavit, sed etiam ex legitimo matrimonio procreatos addidit, atque ita indubitatum erit, quod naturales omnino excludere voluit, cum qualitas hæc ullo modo naturalibus aplicari, sive convenire non valeat.* Y aun dice, que la exclusion de los naturales en los Mayorazgos parece, que conviene con el derecho Divino, ibi: *Addiderim nunc, naturales filios á successione primogeniorum excludere, etiam juri Divino conveniens videri, ex Genesi cap.* 21. de que hace mencion el cap. *Non omnis, caus.* 32. *quæst.* 2.

75. Ni ay en estos casos, que recurrir à congeturas; porque, aunque para colegir la voluntad de los Testadores, se suele caminar por este medio, si bien, que siendo las congeturas eficaces, y concluyentes, para la admission de los hijos naturales, es menester voluntad expressa. D. Castillo, *num.* 48. ibi: *Nihil ominus tamen filiorum naturalium admissionem, non aliter, quam si ex serie dispositionis appareat, inducendam, nec per conjecturas induci posse, expresse asseveravit Molina.* Addent. ad D. Molina ubi supra, ibi: *Nos vero in hac quæstione tenendum duximus, filios naturales non censeri comprehensos in*

dis-

dispositione Majoratus, nisi specialiter, & expresse dictum sit, & ita Regni communis praxis observat ::: *quia ex communi recepta Doctorum sententia, filij naturales, nisi expresse vocentur, ad Majoratus successionem admiti non debent, cum subjecta materia exclusionem importet.* Con que si esto procede quando no ay admission expressa, con mayor razon, quando ay expressa exclusion, pues *in claris non est locus conjecturis, ex leg. Ille, aut ille, §. Cum in verbis. ff. de leg. 3.*

76. Pero veamos, qué congeturas, ó qué especies ha producido contra esto Don Juan de Nava? Dice, que por derecho no tienen exclusion los hijos naturales para succeder en los Mayorazgos; pero esta proposicion, tomada absolutamente, no puede concederse, como no la concede D. Castillo, *dict. cap. 82. num. 41.* ibi: *Quia cum bona Majoratus de jure non pertineant, nisi ad filios legitimos, & naturales testator in hoc videtur se conformare cum juris dispositione, quæ hos filios excludit* ::: *& cōstanter defendit Flores Diaz de Mena, var. lib. 1. q. 16. n. 13. hanc esse communem opinionem profitetur, quod filius naturalis in Majoratu non succedat.* Pero aun quando no tuvieran exclusion por derecho, basta que la tengan por el Fundador, y que este tenga facultad para excluirlos, como se dirá despues.

77. Dice tambien, que ha havido caso, ó Executoria, en que un hijo natural prefiera al transversal legitimo en Mayorazgo fundado con la condicion de que prefieran los legitimos à los naturales; pero este caso (que no ay dificultad en concederlo) es el que trae Azevedo, *cons.* 24. de que se hace cargo D. Castillo, ubi supra num. 41. y responde, que aquello fue mui bien mandado, porque alli no solo no tenia exclusion el hijo natural, sino llamamiento, que se inducia del mismo hecho de haver dado respecto de ellos prelacion à los legitimos, ibi: *Ideo contigit, atque procedere potuit, quod in institutione cavebatur, quod descendens legitimus ei præferetur, qui legitimus non esset, atque ita concessa prælatione legitimis, videbantur illegitimi vocati, ut transversalibus*

 præ-

præferri deberent; pero como aqui no ay tal preferencia, ſino abſoluta excluſion, no conduce aquella Executoria.

78. Se arguye tambien diciendo, que no es veroſimil, que ſe quiſieſſe excluir à el deſcendiente por el tranſverſal; pero eſta propoſicion correria *cæteris paribus*: eſto es, quando el deſcendiente fuera legitimo; mas aqui tuvo mas reſpecto, y voluntad el Fundador á la legitimidad, que à la natural deſcendencia, y eſto nos lo explica tan claramente, como que teniendo una hija natural, no la llama à la ſuccceſsion, y paſſa à llamar á los nietos, y ſus deſcendientes, y luego à los tranſverſales, para lo que no pudo tener otra razon, que la de la falta de legitimidad. Pues aunque ſe ha querido decir, que el no haver llamado à la hija, fue porque era muger; eſte efugio, ò adivinacion, ſe excluye por varios medios.

79. El primero, porque no era el Mayorazgo de rigoroſa agnacion, ſino Mayorazgo regular, pues puſo la preferencia del varon á la hembra, y por conſiguiente las hembras no quedaron excluidas; y ya ſe ſabe que eſta preferencia es en caſo de igualdad de grado, y eſtando en una miſma linea; pero aqui no havia quien compitiera en grado à la miſma hija. El ſegundo, porque los Fundadores de los Mayorazgos llevan el objecto de la conſervacion, y perpetuidad del luſtre, y honor de ſu familia, y eſto no es facil creer, que ſe confie à los hijos naturales. D. Molina, *dict. cap. 3. num. fin.* ibi: *Non enim credendum eſt, Majoratus inſtitutorem familiæ decus, atque ſplendorem in perſona filij naturalis apponere voluiſſe.* Con que mas bien por eſta razon, que por la de ſer muger, no llamò á la hija natural. Y el tercero, y aun mas convincente, porque ſi por ſer muger no huviera llamado à la hija, por la miſma razon no huviera llamado á la nieta Cathalina de Vega; es aſsi, que à eſta la llamò: luego eſta diferencia no la ocaſionó, ſino que la una era legitima, y la otra natural.

§. I.

80. PRobada ya la exclusion de los hijos naturales, resta, que examinar la facultad que tuviesse el Fundador para hacerla, no haviendo precedido facultad Real para la fundacion; pues aunque los Authores citados, y otros muchos suponen, que depende de la libre voluntad del Fundador el llamar à los naturales en defecto de legitimos, y antes que los transversales, parece, que à esto se opone la ley 27. de Toro, que es la 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* en la qual prefiniendose el orden de los llamamientos para los Vinculos, se previene, que se hagan en los descendientes legitimos, y à falta de ellos en los naturales, ò ilegitimos, que tengan derecho para poderlos heredar, y luego en los ascendientes, y despues en los parientes, y por fin en los extraños.

81. Grandes dificultades han movido sobre esta ley los Regnicolas, y especialmente sobre si se debe entender preceptiva, ò solamente permissiva, por explicarse con la palabra *lo puedan hacer*? Y si contraviniendose à este orden, ù omitiendose alguno de estos llamamientos, lo suple la misma ley, de modo, que se entienda hecho por ella? Pero no ay necessidad ahora de apurar estos dubios, que serán buenos para en estando en el caso, de que trata la ley; pero el del pleyto es mui ageno, y separado del concepto de ella, como que solamente habla dicha ley de las vinculaciones, ó gravamenes, que se hagan del tercio, y quando el Fundador dexa hijos legitimos; mas ni lo uno, ni lo otro se verifica en este caso, en que por no haver succession legitima, se hizo la vinculacion de todo el caudal.

82. Esto lo afirma, y prueba claramente D. Castillo, *dict. cap.* 82. *num.* 41. ibi: *Nec repugnat prædictis L. 27. Tauri, ubi filius naturalis vocari debet; lex namque illa loquitur in casu particulari, sive in fideicommisso, aut Mijoratu particulari meliorationis ex tertio, aut tertio, & quinto bonorum*

pa-

patris facto. Y al num. 45. *Nunc. autem animaverto, leg. ipsius Tauri 27. constitutionem procedere dumtaxat in terminis, in quibus loquitur; in Majoratibus scilicet, qui ex tertio, & quinto instituuntur, in quibus in defectum legitimorum, tenetur pater filios naturales substituere, ac vocare, non vero in alijs Majoratibus, in his scilicet, qui cum facultate Regia instituuntur, vel extra terminos leg. ejusdem Tauri 27. quando scilicet non habens filios legitimos, tametsi naturales haberet, Majoratum institueret, quia tunc libere posset in vocationibus, ac substitutionibus, ordinem quem vellet servare: tunc namque essemus extra terminos ipsius leg. Tauri 27. & precisse observari deberet voluntas institutoris, qui naturales filios excluderet.* Y aun por lo mismo es de notar, que la dicha ley no está colocada en el titulo de los Mayorazgos, sino en el de las mejoras.

83. Previno esta distincion entre mejora de tercio vinculada, y fundacion de Vinculo sin hacer mejora Gomez *in leg.* 40. *Tauri, num.* 55. y por esto dixo, que para la primera era la ley 27. de Toro, mas no para la segunda. Lo mismo siguen Guierrez, P. Molina, Avendaño, Mierez, Tello Fernand. Matienzo, D. Molina, y Azevedo, citados per D. Castillo, el qual toca la misma doctrina, y testifica de la practica de ella en el *lib.* 4. *cap.* 36. *á num.* 22. y en el *lib.* 5. *cap.* 145. *num.* 31. y con referencia à estos los Addent. ad D. Molina, *lib.* 2. *cap.* 11. *sub num.* 11. los quales tambien testifican de la practica, y concluyen: *A quorum sententia recedere non audemus.* Y lo mismo sigue Roxas *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 125.

84. La razon de diferencia es clara; porque haviendo descendientes legitimos, el tercio es legitima; y ya que la ley diò facultad para que el Padre pudiera mejorar à el hijo, ó nieto que quisiera, llevando esto además de la legitima, permitió, que le pusiera el gravamen de vinculacion, y dió la regla de los llamamientos; pero quando no ay descendientes legitimos, ni ay mejora, queda el Testador en la libre facultad de disponer de su caudal, y quando dexe ascendientes, podrà disponer del

ter-

tercio, poniendole los gravamenes, que quisiere. Todo esto lo exponen con mas difusion los citados Authores, y con mucha brevedad Angulo, *de meliorat. in leg.* 11. *Glos.* 8. donde hablando del caso, en que el Padre dexe solamente hijos naturales, dice, que aqui no procede el orden de la ley; porque à estos no tiene obligacion de dexarles su caudal. Ibi: *Idem erit, si Pater caret filiis, & descendentibus legitimis, haberet autem naturales, quibus necessario non erant bona relinquenda; si uni eorum tertium prælegaverit, ad libitum poterit ponere quęcumquè gravamina.*

85. Y con efecto, fuera cosa dissonante, que no dexando descendientes legitimos, ni ascendientes, sino solo hijos naturales, pueda el Padre disponer de su caudal, dexandolo à quien quisiere; y que solo porque hiciera Vinculo, huviera de ser obligado à llamar à los hijos naturales, en lo qual no pensó la ley, ni habló en semejante caso; sino en el de haver hijos legitimos, y hacer mejora de tercio: con que no hallandonos en este caso, sino en el que Leonis de Santa Ana, sin tener ascendientes, ni dexar hijos legitimos, trató de vincular su caudal, no tuvo precision de llamar à la hija natural; con la qual cumpliò en la forma que aora se dirá.

§. II.

86. SObre lo que el Padre deba dexarles â los hijos naturales, ha havido grande variedad, segun los tiempos; pero dexando las disposiciones del Derecho Comun, de que trata D. Castillo, *dict. cap.* 82. *num.* 43. oy se halla ya definido por la Ley 10. de Toro, que es la 8. *tit.* 8. *lib.* 5. *recop.* en que suponiendo, que à lo que se extiende su obligacion es à darles alimentos, dexa en su libre voluntad; que no teniendo descendientes legitimos, le pueda dexar lo que quisiere. Ibi: ,, Però si el tal hijo fuere natural, y el Padre no ,, tuviere hijos, ò descendientes legitimos, mandamos, ,, que el Padre le pueda mandar justamente de sus bie- ,, nes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes ,, legitimos.

87. Con

87. Con esta ley; advirtiendo todos los Regnicolas las palabas *le pueda mandar: todo lo que quisiere*, convienen en que depende de la libre voluntad del Padre dexar, ò no dexar al hijo natural por heredero, darle mas, ò menos, y dexarselo libre, ò vinculado, sin que por defecto de esto tenga accion el hijo para impugnar el Testamento del Padre. Gomez, *in dict. leg. num.* 11. ibi: *Sed his non obstantibus, teneo contrarium, imo quod tales filij naturales præteriti, sint exclusi, nec sibi competat aliquod remedium contra testamentum Patris, quia nulla lege cavetur, nec necessitatur Pater aliquid eis relinquere, quia licet possint succedere secundum, vel præter voluntatem Patris, non tamen contra ejus voluntatem, nec eis debetur á Jure aliqua legitima.* D. Molina, *lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 25. Pater Sanchez, *cons. lib.* 4. *cap.* 3. *dub.* 16. *num.* 4. y esto es corriente entre todos los Doctores, que cita, y sigue D. Castillo, *dict. num.* 43.

88. Y aunque deba el Padre dexarles alimentos para su congrua sustentacion, como se los debe dàr en vida, no tienen los hijos naturales accion para querer interesar todo el quinto, ni este debe el Padre dexarselo, aunque podrà hacerlo, si quisiere. D. Castillo ubi supra, ibi: *De jure vero nostro Regio, stante etiam legitima prole, alia forma, & modo filij naturales ex testamento Patris sui succedunt, videlicet in quinta bonorum parte, quam in vita pro alimentis dare, vel in morte relinquere, patri permissum est: vel alimenta necessaria duntaxat, si quintam partem relinquere noluerit.* P. Molina, *de just. tract.* 2. *disp.* 610. *num.* 3. Y asi unicamente podrà pedir aquellos alimentos de que necessite; como es comun entre todos los Doctores, estando solo la controversia en si estos alimentos han de ser precisamenta dentro del quinto, ó podrán excederlo para que sean competentes? Y haviendo en esto variedad de opiniones, las concilia entre otros Ortega ad Covarrub. in 4. *Decretal. part.* 2. *cap.* 8. §. 6. *à num.* 11. Y por fin es constante, que la dote succede en lugar de los alimentos. Pater Sanchez *de Matrim. lib.* 4. *disp.* 26. *num.* 3.

89. Deseando, pues, Leonis de Santa Ana evaquar

ſu obligacion para con ſu hija natural, la tratò de caſar con Bartholomé Hornillo Tamariz, y le prometiò en dote 2U. ducados, con calidad, que havia de renunciar todo el derecho que pudiera tener al quinto de ſus bienes, como conſta de la clauſula del num. 3. Ya ſe vé, que aqui llevò el fin de evitar deſpues de ſu muerte controverſias ſobre ſi era, ó no la dote correſpondiente, y ſi debia, ó no completar el quinto; pero por fin le dió 1200. ducados, y deſpues de fallecido le entregaron ſus Albaceas lo reſtante, de que otorgò carta de dote el marido; y como antes no ſe havia hecho la Eſcritura de renuncia, la hizo en eſte inſtrumento, obligandoſe à no pedir otra coſa alguna, como ſe dixo en el Supueſto primero.

90. Sin que obſte, que la Doña Juana de Vega no concurrieſſe à eſta renuncia, por haverla hecho ſolamente el marido; porque aunque parece, que debia concurrir, ſegun la ley 54. de Toro (ſi bien, que en ella ſolo ſe habla de repudiacion de herencia, y la hija natural, ninguna tiene, ſino ſe la quiere dexar el Padre, ut probatum eſt) fue baſtante ſu aſcenſo, y conſentimiento tacito, para que le perjudicaſſe: al modo, que quando el marido ha de preſtar ſu licencia, para que la muger haga algun contrato, ſegun la ley 55. de Toro, no es meneſter, que ſea expreſſa, y baſta con que ſea tacita, porque ſabiendo el contrato, calla, y no lo contradice. Azevedo, *in leg. 2. tit. 3. lib. 5. Recop. á num.* 8.

91. No es aqui de diſcurrir, que la muger lo ignoraba, pues veìa, que ſe le completaba la dote, y ſabia la obligacion, que tenia hecha de hacer la renuncia, como lo declarò ſu Padre. Y aun puede decirſe, que la renuncia ya la tenia hecha, porque lo miſmo es hacerla, que obligarſe à executarla, pues la promeſſa de renunciar equivale à la miſma renuncia. Noguerol, *alleg. 6. num.* 17. D. Caſtillo, *controv. lib. 2. cap. 3. num.* 16. Y aſsi no hallamos, que en ſu vida, ni por ninguno de ſus hijos ſe pidieſſe contra el caudal de Leonis de Santa Ana coſa alguna. Y ſobre todo, ſi la dote era en lugar de alimentos, y el marido que la havia de alimentar, ſe con-

ten-

tentò con los 2 ʉ. ducados, no puede haver en esto controversia. Deduciendose de aqui, que aun quando la hija natural tuviera algun derecho para ser llamada á el Vinculo, este lo dexò renunciado, y confirmò la renuncia con su silencio, y con su muerte.

§. III.

92. ES notable el empeño, que ha puesto Don Juan de Nava en querer persuadir, que el Vinculo se fundò del quinto del caudal de Leonis de Santa Ana, y que este quiso dexarselo á su hija; pero esto es infructuoso. Lo primero, porque no ay de donde conste, si los 2ʉ. ducados de la dote importaron mas, ó menos de el quinto de el caudal, que quedó por muerte del Testador. Lo segundo, porque tan lexos estuvo de querer dexarle el quinto, que antes bien la obligò à que admitiera la dote con la renuncia del derecho que à el quinto pudiesse tener.

93. Lo tercero, porque aunque dieramos, que en la vinculacion havia entrado el residuo del quinto, no por esto tenia el Padre obligacion de llamar á los naturales, sino libertad absoluta para excluirlos; pues la ley 27. de Toro solo habla en vinculaciones de tercio, ò de tercio, y quinto, pero no del quinto solo, del qual puede hacer lo que quisiere, y dexarselo á un extraño. Angulo *de meliorat. in dict. leg. Glos. 4. n. 14.* ibi: *Et quidem si vinculum fieret ex tertio, & quinto, quod ad quintum attinet, omnino servaretur dispositio testatoris, etiam contraria huic textui, cum is non procedat in quinto, quod omnino liberum est.*

94. Y finalmente, aun quando se quisiera permitir, que nos hallassemos en los terminos de mejora de tercio entre hijos legitimos, y por consiguiente en el caso de haverse de observar el orden de la ley 27. de Toro, todavia no tenia derecho Don Juan de Nava. Y es la razon, porque, aunque por dicha ley en defecto de descendientes legitimos, tengan llamamiento los

natu-

naturales, muchos Authores lo entienden, no de todos los naturales, que pueda haver en la descendencia, sino solo de aquellos, que havian ya nacido en el tiempo, en que se hizo la fundacion del Vinculo. Mierez *de Majorat. p. 2. q. 6. á num.* 109. Parlador. *post sesquicent. q. 6. num. 3. in fine.* Ibi: *Nam substitutiones, quas lex illa facere jubet Patrem, aut avum meliorantem, intelligendæ sunt de descendentibus, qui nati sunt tempore, quo testamentum fit; nam qui eo tempore nati, aut concepti non sunt, non possunt testamentum impugnare.*

95. Siendo tambien probable, que la determinacion de dicha ley, que precisa à el llamamiento de los hijos naturales en la fundacion de Vinculo hecho del tercio, no habla, ni se entiende para con los Padres, sino para con las Madres, porque à estas las deben heredar *tam ex Testamento, quam ab in testato*, à falta de hijos legitimos, cuya necessidad no ay, respecto de los Padres. Avendaño *in dict. leg.* 27. *Glos.* 2. *num.* 8. Guzman, *verit. jur.* en la 5. *num.* 34. Angulo *de melior. in dict. leg. Glos.* 7. *num.* 4. con que por todos, y cada uno de los propuestos medios, se halla el Don Juan sin derecho para este Vinculo.

CONCLUSION III.

TAMPOCO PUEDE EL DON JUAN PRETENDER este Vinculo por cabeza de su hijo Don Bartholomé de Nava y Navarro, sin embargo de ser legitimo, y de legitimo Matrimonio.

96. HA dado motivo à introducirnos en este discurso, el haver Don Juan de Nava (desconfiando, quizàs, de poder obtener por su propria personalidad) hecho despues la pretension por cabeza del Don Bartholomè, su hijo legitimo, como se notó en el Supuesto 6. con que siendo tal hijo legitimo, y de legitimo Matrimonio, parece que nada havia que se le pudiera oponer.

97. Pero no es lo que parece, pues antes bien se halla excluido por mui eficaces medios. El primero, porque no es-

estando justificada la filiacion natural de su Padre, por la qual se quiso hacer descendiente del Fundador, se le podrá decir à D. Bartholomè, que es hijo legitimo de Don Juan de Nava; pero que no es de la familia, y descendencia de Leonis de Santa Ana.

98. El segundo, porque permitido, que lo sea, naciò mui tarde para poder hacer su oposicion, pues aqui se trata de la vacante del Vinculo, que ocasionò la muerte del ultimo posseedor, la qual fuè antes del año de 1743. y en este año salió pidiendo la possesion real, actual Don Diego Luis de Rueda, en cuyo tiempo no estaba en el mundo Don Bartholomè de Nava y Navarro, cuya Partida de Baptismo acredita, què naciò en 10. de Junio de 1749. con que mal puede aora decir, que seis años antes que naciera, se le havia transferido la possesion civil, y natural, la qual es claro, que por ministerio de la ley và à buscar à el legitimo successor, que se halla á el tiempo de la vacante, segun la ley 45. de Toro: con que no pudiendo entonces adquirirse esta possesion, ni à el Don Bartholomé, que no havia nacido, ni à su Padre, por los motivos, que quedan expuestos, forzosamente se le adquirió á Don Diego de Rueda, y por muerte de este à su hijo Primogenito.

99. El tercero medio, que todo lo concluye, consiste, en que aunque pusieramos entonces nacido à el D. Bartholomé en el año de 1743. y aunque ya lo estaba, quando muriò Don Diego de Rueda en el de 1759. y aun considerada entonces nneva vacante, en qualquier concepto no era el Don Bartholomé persona habil para succeder en el Vinculo; porque aunque sea hijo legitimo, lo es respecto de su Padre, pero no respecto del Fundador: ò de otro modo, aunque sea hijo legitimo, no es legitimo de leigtimo, sino legitimo de natural, y como que viene de raiz infecta, se le comunica la exclusion, que tenia su Padre; y asi como este no puede obtener por sì, tampoco puede obtener por su hijo.

100. Yà estamos en la celebre question, que suponiendo hecha una fundacion de Mayorazgo con exclusion de naturales, ò bien diciendo expressamente, que se

ex-

excluyen, ó bien induciendose esto mismo de el hecho de llamar solamente à los que sean legitimos, y de legitimo Matrimonio, pregunta, si ya que no puede succeder el hijo natural, succederà el hijo de este, siendo legitimo, y de legitimo Matrimonio? Esto es, si la exclusion del natural es personal para solo aquel que lo sea, ò lineal para toda su descendencia, aunque sea legitima?

101. La toca pro dignitate D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 103. donde refiere los fundamentos de las opiniones, y desde el num. 11. abraza la que sigue la exclusion del hijo legitimo de natural, y que en él se verifica la misma imposibilidad de succeder, que en su Padre, y que esto es lo mas arreglado á la mente de los Fundadores, quando excluyen à los hijos naturales, y sigue al num. 12. ibi: *Legitimi, qui tamen ab illegitimis procedunt, non comprehenduntur, nec ullo modo comprehensi censeri debent sub vocationibus, & substitutionibus, quibus legitimi descendentes vocantur, ut ex persona propria succedere possint, quia cum neque expressam, aut specificam substitutionem, nec etiam generalem habeant vocationem, nullo pacto ex persona propria succedere possunt, quod specialem, aut generalem non habeant, certum est, specialem, quia legitimi ex illegitimis non vocantur in individuo, & specifice; non generalem, quia non comprehenduntur sub vocatione descendentium legitimorum; non enim, avo, aut institutori sunt legitimi, nec de eis ipse sensit, quia sensit de his, qui sibi met ipsi sunt legitimi non patri suo.*

102. Y en el num. 21. ibi: *Licet verba sonent, atque significent, legitimos, & de legitimo matrimonio natos admitendos ad successionem, tamen mens, & præsumpta voluntas aliud suadet, hoc est, non suficere eos esse legitimos, & de legitimo matrimonio natos, sed eam legitimitatem ex persona Patris, ejusque origine, & principio nascendi habuisse.* Y al num. 26. Ibi: *Sic etiam, neque rationem exclusionis Patris, vel ascendentis in eis cesare, imo durare, & militare, quia si ipsorum author excluditur, multo magis credendum est, eos exclusos fuisse.* Y al num. 29. ibi: *Filij namque legitimi vocantur, ipsi autem quamvis respectu Patris sui sint legitimi, sunt tamen avo, sive ascendenti illegitimi, sicut pater*

eo-

eorum illegitimus est; non autem patri, sed primo institutori succeditur in primogenijs.

103. Esto mismo lo siguen, y defienden los Authores mas clasicos *cum leg. fin. C. natural. liber.* y entre ellos Mierez, *part. 2. quæst. 2. á num.* 31. Mantica *de conject. lib.* 8. *tit.* 12. *á num.* 21. Addent. ad Molina. *lib. 3. cap. 3. sub num.* 41. Roxas *part.* 1. *cap.*6. *num.*77. *&* 110. *& p.* 3. *cap.* 1. *num.*73. *& ibi Aguila.* D.Larrea, *decis.* 34. *num.*63. *& decis.* 51. *num.* 43. Garcia, *de benef. p.* 7. *cap.* 15. *num.* 50. D. Vela, *dissert.* 49. *num.* 58. Tiraquel. *de Jure Primog. q.* 12. *á num.* 13. Antunes *de donat. lib.* 3. *cap.* 28. *á num.* 36. Noguerol, *alleg.* 9. *num.* 26. ibi: *Quin utile esse possit dicto Hieronymo del Campo, quod ipse, & pater ejus sint legitimi, nam ut comprehendantur in consanguinitate, & familia Doctoris del Campo debet derivari ab Antonio del Campo ejus avo, qui fuit illegitimus, & ideo ei obstat hæc illegitimitas.*

104. Y esto es lo corriente en materia de Mayorazgos, que es de lo que ahora tratamos; y asi no son del caso algunos otros Authores, q se inclinan à lo contrario, pues estos hablan en materia de Capellanias, Ordenes, Dignidades, Honores, Legados, y otras cosas semejantes, como lo notó D. Castillo, *dict. cap.* 103. *num.* 28. con que no le puede servir à Don Juan de Nava el Escudo de su hijo, por ser legitimo, pues à este le obsta el descender de hijo natural, y tener por esto la misma exclusion, que su Padre.

§. I.

105. PEro se podrà replicar, que la congetura de la voluntad se toma de lo que dixo, ó practicò el Testador, ò de lo que dexò de decir, ó practicar. Asi arguiamos antes num. 69. con que por el mismo hecho de no haver llamado à la succesion del Vinculo à su hija natural Doña Juana de Vega, fue visto, que quiso excluir à todos los hijos naturales: con que haviendo llamado à sus nietos, hijos legitimos de su hija na-

natural, se infiere por la misma razon, que quiso, que succedieran los legitimos de naturales.

106. Se aumenta, y esfuerza mas la dificultad con que siempre es de presumir mayor afeccion en los mas proximos, que en los mas remotos, y en los de la linea recta, que en los transversales, como comunmente se deduce de la ley: *Si viva Matre. C. de bonis matern.* con que se deberá decir, que mas bien quiso el Testador, que succedieran sus descendientes legitimos de naturales, que los transversales, aunque legitimos de legitimos.

107. Delicada parece la objeccion; pero se responde, que la regla, que se acaba de proponer, no corre sin limitacion, la que se induce de la misma disposicion del Testador, y segun ella, es mui facil no hallar inconveniente en que en algunos casos tengan los mas remotos preferencia á los mas proximos. D. Castillo, *lib. 5. cap. 84. per totum, & signanter num 33.* Ibi: *Ad ejusdem tamen limitationem constituunt, aliquando absurdum non esse, nec inconveniens, quod magis dilecti, aut proximiores melioris conditionis non sint, quam remotiores, aut minus dilecti, sive non præferantur, quando scilicet ex verbis dispositionis aliud concipi potest, vel provisio, aut dispositio Testatoris in contrarium adest.*

108. Esto se halla claro en la presente disposicion; porque ninguna persona mas querida del Testador, que su hija, y á esta no la llama, porque es natural. Llama à sus descendientes legitimos, y de legitimo Matrimonio, y sin admitir naturalidad en su descendencia, acaba la filiacion legitima de esta, y passa à llamar los transversales, y su descendencia legitima, y de legitimo Matrimonio, repitiendo esta qualidad con geminacion, lo qual arguye la perseverancia de su voluntad en este particular. Lar a. *de Capellan. lib. 1. cap. 12. á num. 40.* Gutierr. *de Juram. p. 1. cap. 54. num. 6.* con que no puede estàr mas evidente, que no quiso el Testador (arrepentido, quizàs, de la flaqueza de haver tenido hija natural) que ninguno desta classe, ni descendiente de él, entràra á la succession.

109. No se opone à esto el haver llamado à sus nie-

 tos,

tos, siendo asi, que eran hijos de hija natural; porque no es mucho, que con estos quisiesse dispensar, por el afecto, que les tenia, y estarlos tratando, y conociendo, cuya razon no militaba para con los successores; pues siempre se presume, que mas se quiere favorecer, y privilegiar à aquellos, que se conocen, y se tratan, que à los no conocidos, ni tratados, y por lo mismo, menos, ó nada estimados; porque no es facil discurrir afeccion para con los no conocidos. D. Castillo ubi supra, à num. 40. Ibi: *Cum afectio in ignotum non cadat, is in dubio non intelligitur vocatus*: : : *sic etiam, quod afectio, & dilectio major præsumatur Testatoris erga natos, & cognitos, quam erga nascituros, & incognitos*: : : *quod Testator in dubio præsumitur velle magis favere his, quos plus novit; & per consequens magis dilexit, quam aliis, quos vel non, vel minus novit.*

110. Ni para admitir los legitimos de naturales corre la pariedad del argumento, que haciamos con no haver llamado á la hija natural, infiriendo á contrario sensu, que pues llamó los nietos á la succesion, quiso admitir para ella los legitimos de naturales; pues ademas de la asignada diferencia entre los llamados, y sus descendientes, ay la legitima solucion, de que la congetura, ó argumento, que se hace con ella, de que segun los admitidos, ò excluidos se toma regla para los successores, procede arguyendo *negativé*, pero no *afirmativè*: de modo, que puesto el antecedente afirmativo, *el Testador gravó á el pariente mas cercano*, no se infiere la consequencia: *luego quiso gravar á el mas remoto.* Pero puesto el antecedente negativo, *el Testador no quiso, que se admitiera el mas proximo*, se infiere legitimamente: *lugo mucho menos quiso admitir à el mas remoto.*

111. Todo lo dixo D. Castillo ubi supra, num. 39. Ibi: *Licet argumentum prædictum ex dict. leg. Si viva Matre, deductum, non procedat afirmativé, aut positivé, ut puta, Testator gravavit proximiorem, ergo censetur gravasse remotiorem, quia sic arguendo, numquam esset substitutionum finis; tamen procedit sine dubio, & validum est, si deducatur negativé, & privativé, ut puta, proximior excluditur, ergo multo magis remotior, vel sic, proximior non admititur,*

ergo

ergò multo minus remotior. No siendo esto de admirar, à vista de que mas niega la negativa, que afirma la afirmativa, y por esto se dice *plus tollit negatio, quã ponit afirmatio.* D. Covarr. 1. *var. cap.* 13. *num.* 7. Tiraquel. *de Jure. Primig. q.* 24. *num.* 12. Barbosa *in cap.* 8. *de consuet. num.* 20. con que corre mui bien el argumento negativo, el Testador excluyò, ò no quiso que succediera su hija, porque era natural: luego quiso excluir á todos los naturales. Pero no corre el argumento afirmativo, el Testador admitiò â sus nietos, siendo legitimos de natural: luego quiso que se admitieran todos los legitimos de naturales.

§. II.

112. LA possession civil, y natural, que se ha probado haversele adquirido à Don Diego Luis de Rueda desde la vacante, la quiere truncar Don Juan de Nava por lo tocante à su hijo Don Bartholomè, diciendo, que en qualquier tiempo, que este nacieſſe, debió entrar à la succession, porque la possession del Don Diego no fue firme, é invariable; y siempre que se verificàra possibilidad de succeſſor en la linea recta, ò de substancia, no podia el Vinculo radicarse irrevocablemente en la linea transversal, sino quando mas por aquel interin, en que no huvo legitimo succeſſor de la otra linea; de modo, que quiere, que el Don Diego tuviera este Vinculo con un derecho meramente revocable, y que este se revocò luego que huvo descendiente de la linea recta; cuyo discurso es regular, que quiera comprobarse con la authoridad de Roxas, *p.* 1. *cap.* 6. *á num.* 54. donde tocando la question, si aquel hijo, que naciò despues de haversele deferido à otro de inferior linea la succession del Mayorazgo, que si huviera estado nacido al tiempo de la vacante, era el legitimo succeſſor, deba entrar à gozarlo, haciendo regreſſo á aquel hijo, como de linea superior? Y si el no hacer transito de la primera linea à la segunda, se entienda hasta que en aquella falte la possibilidad, y esperanza de succeſſor alguno? Respondiò, que en tal caso la possession, que passa à el que se halla existente à el tiempo de la vacante,

es revocable, pues para no serlo, es menester, que falte perpetuamente la esperanza de successor de mejor linea, y que assi nacido despues alguno de esta, debe hacer à el regresso el Mayorazgo.

113. Pero este argumento claudica notoriamente por dos medios: el primero por lo que supone, y el segundo, por lo que afirma. Claudica por lo que supone; porque Roxas procede en el concepto, de que si aquel de superior linea, que nace despues, huviera estado nacido à el tiempo de la vacante, huviera entonces succedido, y sido legitimo posseedor. Ibi: *Filius ille natus post delatum successionem Majoratus, qui si alias ante natus fuisset tempore delatæ successionis, succedere debuerat.* Con que para aprovecharse de esta especie Don Juan de Nava por su hijo, supone, que si este huviera estado en el mundo quando se causó la vacante, sin duda huviera succedido. Mas este supuesto es falso, porque aun permitida la justificacion de la filiacion natural del Don Juan, siempre le obstaba à su hijo para succeder, el no ser legitimo de legitimo, sino legitimo de natural, como queda probado, y por consiguiente no estamos en el caso de que habla Roxas.

114. Claudica tambien en lo que afirma; esto es, que en el caso propuesto, posseido yà el Mayorazgo por uno de la linea inferior, deba hacer regresso á el que nace despues, siendo de la linea superior, y que la possession de aquel sea revocable; pues lo contrario es lo mas comun, y seguido por los mas classicos Authores, y aun por el mismo Roxas, el qual en el lugar citado, en que solo tocò de passo la question, dice al n. 64. que por quanto es altissima, y necessitaba de mas indagacion, y de algunas ampliaciones, y limitaciones, la tocarìa en otro lugar mas de proposito, como lo hace en la p. 5. cap. 2.

115. Aqui desde el numero 15. la vuelve á tocar, y despues de referir las opiniones, y de confessar al num. 58. que es dificil la resolucion, propone esta distincion: ó el Mayorazgo vaca por muerte del ultimo posseedor, ó por contravencion de este à lo prevenido en la fundacion? Si vaca por contravencion, admite la opinion, que lle-

va, que naciendole despues un hijo, este recupera el Mayorazgo, quitandoselo à el que lo tenia de inferior linea, cuya possession era revocable. Pero si vaca por muerte del ultimo Posseedor, hace esta subdistincion: ò consta claramente de la voluntad del Fundador, que quiso, que succediera el que naciò despues de estar la possession del Mayorazgo en otro de inferior linea, ò no consta? Si lo primero, podrà el que naciò despues avocar la possession à el que la tenia. Si lo segundo, se quedarà el Mayorazgo en el de inferior linea, que entrò en la succession, por no tener otro que le precediera al tiempo de la vacante.

116. Hallamonos, pues, en caso, no de vacante por contravencion, sino por muerte. Y en caso, en que no consta claramente, qual fuesse la voluntad del Fundador en los terminos de la duda de haver nacido nuevamente el que quiere ser Successor, hallando ya la possession ocupada por otro: de tal modo, que la voluntad del Fundador en este caso, no basta que se deduzga por argumentos, y congeturas, sino que es preciso, que sea manifiesta, y clara. Roxas ubi supra, num. 73. ibi: *Aut apparet de voluntate institutoris, qui expresse voluit, quod succedat ille, qui natus sit post delatam successionem, aut non constat aperte.* Con que venimos à parar à que no haviendo esta voluntad expressa, queda firme, é irrevocable la possession en el que la obtuvo en tiempo habil, quando no havia otro que le antecediera.

117. Pero aun quando Roxas no se huviera aqui explicado con tanta claridad, sino se huviera quedado en la resolucion contraria, à que pareció inclinarse en el primero de los lugares citados, tenia contra si todo el torrente de los mas de los Authores, que responden contra el que nació despues de deferida la succession á otro, y en defensa de la firmeza, é irrevocabilidad de la possession de este; de cuyo sentir son Aguila ad Roxas, *locis citatis.* D. Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 10. *& ibi Addent.* D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 91. Alvarez Pegas, *Resol. cap.* 4. *á num.* 94. D. Olea. *in addition. ad tit.* 3. *q.* 4. Mierez *de Majorat. part.* 2. *q.* 6.

va-

num. 149. D. Solorzano *de Jur. Indiar. tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 19. *á num.* 37. y otros muchos que eſtos citan, por lo qual dixo Aguila, *part.* 5. *cap.* 2. *num.* 1. que eſta era la comun reſolucion de los Doctores, con que, aun quando no tuviera el Don Bartholomè el embarazo de venir de hijo natural, que lo inhabilita para la ſuccesſion, nunca pudo entrar en ella, quando murió el ultimo Poſſeedor, porque aun no havia nacido, ni deſpues de nacido le pudo revocar la poſſesſion à Don Diego de Rueda.

118. Ultimamente replicarà el Don Bartholomè, ò por él ſu Padre, que bien que todo eſto fueſſe aſsi; pero que haviendo llegado el caſo de morir el Don Diego, en quien ſuponemos transferida la poſſesſion civil, y natural deſde que falleció Don Juan de Nava, ſe induxo por ſu muerte nueva vacante, y como quiera que eſto fue en el año de 1759. ya el Don Bartholomé pudo entonces ſucceder, porque eſtaba nacido deſde el año de 1749. con que, aunque para eſto (como es preciſo) ſe ſuponga á ſu Padre injuſto detentador por el tiempo de la vida del Don Diego de Rueda deſpues del fallecimiento de eſte, ſe radicarìa la poſſesſion en el Don Bartholomè.

119. Pero eſta réplica tiene dos ſoluciones adequadas. La primera, porque ya dexamos perſuadido con el comun ſentir de los Authores, que toda la vez que el Don Bartholomé, aunque ſea hijo legitimo, deſcienda de hijo natural, tiene excluſion por la fundacion, y por derecho: con que aſsi como aunque eſtuviera nacido, quando ſe causó la vacante por muerte de Don Juan de Nava en el año de 1741. no huviera podido ſucceder, tampoco por muerte de Don Diego de Rueda pudo entrar en la ſuccesſion, ni preferir á ſu hijo, en cuya linea todo es legitimidad.

120. La ſegunda, que permitido (aunque no concedido) todo quanto el Don Bartholomè puede apetecer; eſto es, que ſu Padre fuera tal hijo natural, y que no le obſtàra el ſer legitimo de natural, y que por conſiguiente no tuvieſſe incapacidad para ſucceder, quando

mu-

murió Don Diego de Rueda; aun todo esto de nada le servia, segun las reglas de los Mayorazgos de España.

121. Segun ellas, quando llegò à entrar el Mayorazgo legitimamente en una linea, no puede, hasta que esta se acabe, hacer transito à otra. Roxas, *p.* 3. *cap.* 4. *num.* 26. D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 93. §. 1. *à num.* 22. D. Olea, *tit.* 3. *q.* 4. *num.* 15. Alvarez Pegas, *ref. tom.* 1. *cap.* 4. *num.* 29. D. Roxas Almansa, *de incomp. disp.* 3. *q.* 1. *num.* 14. & *q.* 6. *num.* 29. donde afirma, que este es principio elemental en materia de Mayorazgos: con que haviendose adquirido la possession de este Vinculo legitimamente à Don Diego Luis de Rueda, porque aunque era su linea transversal, no havia en la linea recta del Fundador quien pudiera obtenerlo, se sigue, que hasta extinguirse su linea, no puede hacer transito á otra; y por consiguiente, aun contemplada la vacante por muerte del Don Diego, se ha de continuar la succession en su hijo, y no translinear à otro de otra linea.

122. Yà oìgo, que se dirà, que quando entró el Vinculo en el Don Diego, no fué porque absolutamente estuviesse extinguida la linea recta, sino porque en ella no se hallaba sujeto con aquella qualidad, ó legitimidad, que requirió el Fundador para que succediera, y que hallandose al tiempo de la muerte del Don Diego quien tuviera aquella qualidad, como era el Don Bartholomé (pues llevamos por aora permitido gratia arguendi, que no le obstàra ser descendiente de natural) debió volver à su linea, y dexar aquella, en que se havia radicado por defecto de sugeto habil en la otra.

123. Pero esto se convence con la resolucion de los Authores en caso igual, en esta forma. Fundòse un Mayorazgo, en que siempre se dió preferencia à los varones, aunque fueran mas remotos, que las hembras, y de linea inferior. Faltò varon en la primera linea, y aunque havia hembra, passò el Mayorazgo à el varon de la segunda linea. Muriò este, sin quedar ya varon alguno; pero dexò una hija, ò una hermana. Se questiona fuertemente, si deberà entrar en el Mayorazgo la hembra de la linea de possession, aunque inferior, ó la

hem-

hembra de la linea superior, reintegrando à esta en la succession, por haver yá faltado la causa, porque havia salido de ella, que era la existencia de varon? Y se resuelve comunmente, que no se ha de admitir la reintegracion de linea, sino que ha de entrar la hembra de la linea inferior, como la mas immediata, y de la linea efectiva, ò contentiva del ultimo posseedor. Addent. ad D. Molin. *lib.* 3. *cap.* 5. *sub num.* 72. Roxas, *p.* 3. *cap.* 4. *à num.* 21. el que trae en comprobacion el voto del Señor San Vicente Ferrer, que fue uno de los Jueces nombrados para la decision de este dubio, quando se suscitò sobre la succession del Reino de Aragon.

124. Con que si en aquel caso no se admite la reintegracion de linea, de la qual havia salido el Mayorazgo, y passado á otra inferior por defecto de varon, y ha de seguir la linea de possession, aunque haiga hembra de la linea superior; del mismo modo, y por la misma razon, haviendo salido este Vinculo de la linea recta por defecto de legitimo, y passado á la transversal, en esta como linea de possession debe continuar, y no se ha de reintegrar la linea recta, aunque despues haiga en ella quien pueda succeder.

125. Y aunque estemos à la distincion, que hace D. Castillo, *lib.* 5. *cap.* 91. el que fue de dictamen, que la hembra de linea superior deberia succeder, si el ultimo Posseedor de la otra linea dexára solamente hembra transversal; pero no si dexára hija, porque en esta havia de continuar la succession, tenemos intento; porque aqui Don Diego de Rueda ultimo verdadero Posseedor dexó hijo legitimo: conque en este deberà continuar la succession con preferencia á el de la linea recta, de la que llegando una vez à salir el Mayorazgo, no debe volver à ella, pues seria una gran perturbacion andar divagando de linea en linea à el modo de Mayorazgo saltuario: con que, aunque le dieramos à Don Bartholomé, que no le obstàra el ser legitimo de natural, y que la vacante se contemplára por muerte de Don Diego

de

de Rueda, no podia preferir à ſu hijo, que es de la linea recta del ultimo Poſſeedor.

126. De aqui ſe ſigue con evidencia la Juſticia con que el Juez Ordinario determinò à favor de Don Pedro de Rueda Maraver, haviendo ſolamente omitido (lo que ſe deberà remediar ahora) la condenacion de frutos deſde la vacante por muerte de Don Juan Alvarez de Nava, los que debe reſtituir Don Juan de Nava, por haver ſido mero detentador. Gomez *in leg.* 45 *Tauri num.* 106. *in fine*, ibi: *Ex iſtis infero, quod detentator rerum Majoratus debet condemnari in fructibus, quia per iſtam leg. Tauri habet utramque poſſeſsionem. Et num.* 120. *in fine*, ibi: *Et quod condemnetur in fructibus.* Y eſta omiſsion en la ſentencia la puede ſuplir el Juez de apelacion. D. Caſtillo, *lib.* 5. *cap.* 135. *num.* 13. ibi: *Sed ſi apellatum ſit à ſententia, quæ omiſsit condemnationem fructuum poteſt Judex appellationis ſuper fructibus pronuntiare.* Mayormente, quando ha eſtado detentando de tan mala fee, no ſolo porque bien deſde luego comenzó el litigio, ſino porque procedió contra la poſſeſsion Real, actual, dada à Don Diego de Rueda, como ſe dixo en el ſupueſto quarto.

Con eſtos fundamentos eſpera Doña Thereſa Maria Maraver la confirmacion de el Auto del Juez Ordinario, con el additamento de la reſtitucion de frutos, ſujetando todo lo expueſto à la Cenſura de tan ſuperior, y reſpectable Senado. Sevilla, y Mayo 8. de 1763.

Lic. Don Franciſco Joſeph
Maſtrucio de Texada.

Eſtá conforme con el hecho de los Autos. Sevilla, y Noviembre 26. *de* 1763.

Doct. Montilla.

él tardado no podia [illegible], que es de la [illegible] del [illegible] affecto.

1 [illegible]. De aqui se sigue con evidencia la justicia con que el Juez Ordinario determinó á favor de Don Diego de Rueda [illegible], haviendo solamente [illegible] lo que se deberá remediar ahora) la con[illegible]cion de frutos desde la vacante por muerte de Don Juan Alvarez de Nava, los que debe restituir Don Juan de Nava, por haver sido mero detentador. [illegible] in fine, ibi: *Ex [illegible], quod [illegible] debet con[illegible]* [illegible] babet [illegible] in fine, ibi: *Et [illegible].* Y esta omision en la [illegible] la puede suplir el Juez de apelacion. D. [illegible], ibi: *Sed si appella[illegible]* Ma-yormente, quando ha estado detentando de tan mala fe, no solo porque bien desde luego comenzó el litigio, sino porque procedió contra la possession Real, dada á Don Diego de Rueda, como lo dixo en el supuesto quarto.

Con estos fundamentos espera Doña Theresa Maria Marquez la confirmacion de el Auto del Juez Ordinario, con el aditamento de la restitucion de frutos, sujetando todo lo expuesto á la Censura de tan superior, y respetable Senado. Sevilla, y Mayo 8. de 1769.

Lic. Don Francisco Joseph [illegible]

[illegible] de 1769.

[illegible]